Die Geschäfte auf Probe.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

eingereicht von

ACAD.
LAND RAT.
BIBL.

Friedrich Lange

Referendar in Kiel.

Approbiert am 5. Juni 1908.

Rostock.

Carl Boldt'sche Hof-Buchdruckerei.

1908.

32

Referent: Universitäts-Professor Dr. **Binder.**

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet!

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Bechmann, „System des Kaufs nach gemeinem Recht.“ II. 1884.
Beckh, „Beweislast nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.“ 1899.
Betzinger, „Beweislast im Zivilprozeß.“
Burckhardt, „Die zivilistischen Präsumtionen.“
Cosack, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.“ 4. Aufl. 1903.
Crome, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.“ Bd. II. 1902.
Dernburg, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.“ Bd. II, 2. 1901.
Dernburg, „Pandekten.“ 4. Aufl. 1894.
Düringer-Hachenburg, „Das Handelsgesetzbuch.“ Bd. III. 1905.
Eck-Leonhard, „Vorträge über das bürgerliche Recht.“ 1. und 2. Aufl. 1903.
Endemann, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.“ 9. Aufl. 1903.
Enneccerus-Lehmann, „Lehrbuch des bürgerl. Rechts.“ 1900.
Fitting, „Die Grundlagen der Beweislast in Busch Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß.“ Bd. 13, S. 1 ff.
Gareis, „Allgemeiner Teil.“ 1900.
Kreß, „Zur Lehre von der Beweislast nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.“ Diss. München 1899.
Kuhlenbeck, „Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch.“ 1899.
Landsberg, „Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs.“ 1904.
Leonhard, „Die Beweislast.“ 1904.
Lukanow, „Der Kauf auf Probe.“ Diss. Rostock 1903.
Matthiaß, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.“ 1900.
Muskat, „Zur Lehre vom Kauf auf Probe nach römischem und deutschem Recht“, in Gruchot, „Beiträge zur Erläuterung.“ Bd. 48, S. 207.
Neumann, „Handausgabe des bürgerl. Gesetzbuchs.“ 2. Aufl. 1900.
Oertmann, „Das Recht der Schuldverhältnisse.“ 2. Aufl. 1906.

Oertmann, „Die Umtauschklausel“ in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung. Jahrg. 71, 1906, S. 685 ff.
Planck, „Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch.“ I. 1897, II. 1900.
Planck, „Lehrbuch des Zivilprozesses.“
R. G. = „Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen“. Bd. 3, 6, 28, 38, 56.
R. O. H. G. = „Rechtsprechung des Reichs-Oberhandelsgerichts.“ Bd. 10, 12, 14, 23, 24.
R. O. L. G. = „Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.“ VII.
Rehbein, „Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch.“ I. 1899.
Rosenberg, „Die Beweislast nach der Z. P. O. und dem bürgerl. Gesetzbuch.“ 1900.
Rosenberg, „Zur Lehre vom sog. qualifizierten Geständnis“ im Archiv für die zivilistische Praxis. 94, S. 1 ff.
S. A. = Seufferts Archiv, Bd. 44, 48, 56, 59.
Schmidt, „Lehrbuch des Zivilprozeßrechts.“ 1895.
Staub, „Kommentar zum Handelsgesetzbuch.“ II. 6 u. 7. Aufl. 1900.
v. Staudinger, „Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch.“
I. Loewenfeld-Riezler. 2. Aufl. 1904.
II. Kober-Engelmann. 2. Aufl. 1906.
Sattelmacher, „Affirmanti, non neganti incumbit probatio.“ Diss. Freiburg 1902.
Stein, „Der Kauf auf Probe nach gemeinem Recht.“
Stölzel, „Schulung für die zivilistische Praxis.“ I. 3. Aufl. 1898.
Wetzell, „System des ordentlichen Zivilprozesses.“ 3. Aufl. 1878.
Windscheid-Kipp, „Lehrbuch des Pandektenrechts.“ 8. Aufl. 1900.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung 9
§ 1. Wirtschaftliche Bedeutung der Geschäfte auf Probe 9
§ 2. Rechtliche Natur der Geschäfte 11
§ 3. Welche Geschäfte können auf Probe abgeschlossen werden? 19
Anhang 26

II. Die Rechtslage bis zur Entscheidung 35
§ 4. Die Art der Bedingung 35
§ 5. Der Schwebezustand 38
§ 6. Das Untersuchungsrecht 44
§ 7. Die Fristsetzung 46

III. Die Entscheidung 53
§ 8. Die Billigung im allgemeinen 53
§ 9. Die rechtliche Natur der Erklärungen 56
§ 10. Der Zeitpunkt der Erklärung 66
§ 11. Die Bedeutung des Schweigens innerhalb der Frist 69

IV. § 12. **Gefahr und Nutzen** 73

V. Die Rechtslage nach der Entscheidung 76
§ 13. Die Wirkung der Billigung 76
§ 14. Die Wirkung der Mißbilligung 81

VI. Die Verteilung der Beweislast 85
§ 15. Übersicht 85
§ 16. Die Exzeptionstheorie 86
§ 17. Die Leugnungstheorie 89
§ 18. Minimaltheorie 98
§ 19. Der versteckte Dissens 103

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0063

I. Einleitung.

§ 1.

Wirtschaftliche Bedeutung der Geschäfte auf Probe.

Von den unendlich vielen Käufen, die Tag für Tag abgeschlossen werden, würde eine große Anzahl unterbleiben, wenn der Käufer aus dem Vertrage sofort gebunden wäre. Denn es ist für ihn oft schwer, ja geradezu unmöglich, auf Grund einer einmaligen Besichtigung hin, mag sie auch mit noch so großer Gründlichkeit und Sachkenntnis vorgenommen sein, festzustellen, ob die Sache seinen Wünschen entspricht und zu dem bestimmten Zweck geeignet ist. Er wird in dem Fall, besonders wenn es sich um größere Wertobjekte handelt, nicht das Risiko auf sich nehmen wollen, um hohen Preis eine Sache zu erwerben, die sich vielleicht später als für ihn völlig unbrauchbar herausstellt. Deshalb wird er sie überhaupt nicht oder doch nicht sofort kaufen. Es wird also mancher Kauf gar nicht abgeschlossen oder doch aufgeschoben. Das ist aber in beiden Fällen wirtschaftlich ein Schaden. Denn dem Käufer wird die Ausnutzung einer guten Neuerung entzogen, die für ihn unter Umständen eine bedeutende Ersparnis an Arbeit und Kapital herbeiführen oder den Vermögenserwerb erleichtern würde. Auch läuft der Käufer, wenn er die

Sache noch nicht sofort kauft, weil er ihre Güte erst erproben will, Gefahr, daß der jetzige Eigentümer sie inzwischen anderweitig veräußert. Andrerseits muß es für den Verkäufer von außerordentlicher Wichtigkeit sein, seine Ware an den Mann zu bringen. Dies wird ihm aber dadurch erschwert, daß der vorsichtige Käufer sein Geld nicht an eine Ware von für ihn zweifelhaftem Werte wenden will. Wird aber der Kauf deshalb später abgeschlossen, so trägt eben der Verkäufer um so länger die Gefahr und erleidet nebenbei einen vielleicht nicht unerheblichen Zinsverlust.

Einen Ausweg aus dieser für beide Parteien gleich mißlichen Lage bietet die Möglichkeit, daß dem Käufer die Sache erst einmal zur genaueren Prüfung übergeben wird. Wenn sie ihm nach Vornahme derselben noch gefällt, so mag er sie behalten; wenn nicht, so kann er sie zurückgeben. Einen solchen Vertrag nennt man einen Kauf auf Probe.

Ganz ähnlich kann es bei einem Dienstvertrage liegen. Ein junger Mann, der sich vielleicht praktisch noch nicht betätigt hat, sucht eine Stellung. Da ist es durchaus keine Seltenheit, daß er zunächst einmal eine Probezeit absolvieren muß. Während dieser Frist kann der Arbeitgeber über die Fähigkeiten des jungen Mannes ein Urteil gewinnen und danach ermessen, ob er ihn behalten will oder nicht. Der Dienstschuldner aber sichert sich, wenn er den Ansprüchen des Dienstherrn genügt, dadurch eine gute Stellung. Auch hier liegt also die Probeabrede im Interesse beider Parteien.

Gleiche Beispiele ließen sich für die übrigen Verträge, welche auf Probe abgeschlossen werden können, bilden.

Derartige Geschäfte sind in der Praxis schon unter Geltung des römischen Rechts abgeschlossen. In der Jurisprudenz aber war man sich über Wesen und innere Ausgestaltung überaus uneinig, und der Kampf entbrannte in der Wissenschaft besonders heftig, als das Allgemeine

Deutsche Handelsgesetzbuch eine gesetzliche Regelung treffen wollte. Allerdings ist bei allen Erörterungen nur vom Kauf auf Probe die Rede.

Einen Teil dieser Streitfragen hat nun das bürgerliche Gesetzbuch beseitigt, indem es in den §§ 495, 496 den Kauf auf Probe gesetzlich geregelt hat.

> § 495: „Bei einem Kanf auf Probe oder auf Besicht steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers. Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen.
>
> Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstandes zu gestatten."
>
> § 496: „Die Billigung eines auf Probe oder auf Besicht gekauften Gegenstandes kann nur innerhalb der vereinbarten Frist und in Ermangelung einer solchen nur bis zum Ablauf einer dem Käufer vom Verkäufer bestimmten angemessenen Frist erklärt werden. War die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung übergeben, so gilt sein Schweigen als Billigung."

Unsere Aufgabe soll nun darin bestehen, die Rechtssätze aufzusuchen, welche die Geschäfte auf Probe regeln, und zwar soll dies in der Weise geschehen, daß zunächst immer die Regeln des Kaufs auf Probe dargestellt werden, daran anschließend diese analog auf die anderen Geschäfte angewandt werden.

§ 2.

Die rechtliche Natur der Geschäfte auf Probe.

Bei den Geschäften auf Probe stehen sich zwei Parteien gegenüber: eine, zu deren Gunsten die Probeabrede getroffen ist (sie möge im Folgenden allgemein der Berechtigte genannt werden) und die andere, welche

eine Leistung gegen das Entgelt bewirken will und jetzt zur Duldung der Probe gehalten ist (der Verpflichtete).

Die Probegeschäfte sind ausnahmslos Verträge. Ihre Vertragsnatur dürfte jetzt nicht mehr bestritten werden, und damit die im gemeinen Recht mit so großem Eifer erörterte Streitfrage, ob es sich hier nur um einseitig bindende Offerten oder um Vorverträge oder um vollendete bedingte Verträge handelt, im letzteren Sinne entschieden sein. Der Vertrag auf Probe ist also ein rechtsgültiger, perfekter Vertrag. Der Kauf ist nicht erst im Momente der Billigung, sondern bereits mit Abschluß des Kaufes auf Probe zustande gekommen, ein Satz, der wichtige Konsequenzen nach sich zieht. Dies wird auch durch das Gesetz selber bestätigt, indem dieses den Kauf auf Probe als eine besondere Art des Kaufes bezeichnet, auch im § 495 Satz 2 von einer „verkauften" Sache redet.

Der Vertrag gestaltet sich also derart, daß gleich von Anfang an ein gewöhnlicher Kauf abgeschlossen wird, bei dem Rechte und Pflichten beider Parteien wie gewöhnlich festgelegt werden. Der eine Kontrahent aber bindet sich von vornherein an diesen Kauf; dem andern hingegen wird eine Bedenkzeit gewährt, bis zu deren Ablauf er sich frei entscheiden kann, ob er beim Vertrage bleiben will oder nicht, so daß der endgültige Bestand des Geschäfts abhängt von seinem Entschluß. Diese Frist wird ihm gewährt, damit er sich durch Prüfung des Kaufgegenstandes davon überzeugen kann, ob dieser seinen Anforderungen genügt oder nicht. Dies alles bildet einen einheitlichen Vertrag und den Tatbestand des Kaufs auf Probe. Es ist also gewissermaßen ein bedingter Kauf mit der besonderen weiteren Abmachung, daß dem Käufer ein Untersuchungsrecht bezüglich des Objekts eingeräumt wird, der Art aber, daß diese besondere Vereinbarung ein wesentliches Charakteristikum des Probevertrages bildet. Daneben können dann noch weitere

Abreden darüber getroffen werden, wie die Probe vorgenommen werden soll.

Das typische Tatbestandsmerkmal der Probegeschäfte ist darin zu sehen, daß sie unter der Bedingung abgeschlossen werden, daß der Käufer billigt. Denn diese Bedingung ist so eigenartig, daß es nicht richtig wäre, die Geschäfte auf Probe schlechthin als bedingte Verträge zu bezeichnen und sie diesen in jeglicher Beziehung gleichzuachten; sie weichen vielmehr in wesentlichen Punkten von diesen ab.

Dies wird in erster Linie bewirkt durch das Zusammentreffen des Untersuchungsrechts mit der Bedingung. Im allgemeinen zeigt sich die Tatsache, daß ein Geschäft unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen ist, darin, daß alle Wirkungen des Geschäfts erst eintreten mit dem Eintritt der Bedingung, und zwar dann auch samt und sonders (§ 158 bürgerliches Gesetzbuch). Bis dahin äußert sich der Abschluß des Vertrages für die Parteien nur darin, daß sie in der Verfügungsfreiheit beschränkt sind; der Veräußerer muß jederzeit bereit sein, die Leistung zu bewirken, der Empfangsberechtigte, sie abzunehmen und zu bezahlen, sobald die Bedingung eingetreten ist. Ganz anders in unserm Fall. Hier ist der Schuldner schon auf Grund des bedingten Geschäftes zu speziellen Vertragsleistungen verpflichtet, mögen diese in einem Tun oder einem Unterlassen bestehen. So muß er vor allen Dingen dem Berechtigten die Untersuchung des Vertragsgegenstandes gestatten. Dieser Vorschrift kommt er in der Regel in der Weise nach, ja, muß er unter Umständen so nachkommen, daß er z. B. beim Kauf dem Käufer die Sache übergibt, beim Dienstvertrag, beim Berechtigten in Dienst tritt. Er ist hier also zu Handlungen verpflichtet, welche scheinbar bereits eine Erfüllung des unbedingten Vertrages bedeuten. Dem steht auf der Gegenseite nichts auch nur annähernd Gleichwertiges gegenüber, wenigstens können die für sie

ex contractu entspringenden Pflichten (Verwahrungspflicht, eine eventuelle Erklärungspflicht) in keiner Weise als Äquivalent für die Leistung des Verkäufers angesehen werden. Als sofortige Wirkung des Probevertrages entsteht also für die eine Partei eine Leistungspflicht, ohne daß diese dadurch irgendwelche Ansprüche gegen den Mitkontrahenten erlangte. Schon hierin liegt ein prinzipieller Gegensatz zu den gewöhnlich bedingten Verträgen.

Man muß infolgedessen bei den Probegeschäften streng unterscheiden zwischen denjenigen Ansprüchen, welche schon aus dem bedingten Vertrage entspringen, und denen, die sich aus dem negotium purum ergeben. Erstere entstehen nur zu Gunsten einer Partei, letztere dagegen werden für beide Parteien gleichzeitig existent mit Eintritt der Bedingung. Die erstgenannten sollen gleichsam nur zum Zustandekommen des negotium purum führen. Daraus darf man nun aber nicht schließen, daß man es hier mit bloßen Vorverträgen zu tun habe; denn bei einem solchen verpflichten sich beide Parteien zum Abschluß eines künftigen Vertrages. Hier liegt aber bereits ein vollständiger Vertrag vor mit festgeregelten Rechten und Pflichten auf beiden Seiten, deren Wirksamkeit abhängt von der Billigung. Andrerseits sind auch nicht beide Parteien zum künftigen Abschluß verpflichtet, da die Probegeschäfte sich eben dadurch charakterisieren, daß eine Partei sich völlig willkürliche Entscheidung darüber vorbehält.

Wie nämlich schon verschiedentlich angedeutet ist, steht die Billigung im freien Belieben des Käufers. Damit haben wir einen zweiten wesentlichen Unterschied zwischen den gewöhnlichen bedingten Verträgen und den Probegeschäften. Während sonst den Parteien unter Androhung einer Strafe verboten ist, auf den Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung einzuwirken (§ 168 bürgerliches Gesetzbuch), und der Eintritt der Bedingung

abhängt vom Zufall oder wenigstens einer dritten, von den Parteien verschiedenen und ihrer Beeinflussung entzogenen Person oder Macht, liegt bei den Probegeschäften die Entscheidung bei einer Partei und steht in deren freiem Belieben. Gerade dieser letzte Punkt stellt eine solche Abnormität dar, daß die Wissenschaft lange Zeit Bedenken getragen hat, in der Billigung eine Bedingung zu sehen. Der Unterschied ist auch bedeutend. Während im allgemeinen durch die Bedingungsabrede die Gleichheit der Rechtsstellung beider Parteien nicht berührt wird, die Rechte und Pflichten beider gleich intensiv sind, wird hier eine derartige Rechtslage geschaffen, daß die eine Partei an den Vertrag gebunden ist, die andere Partei aber vollkommen willkürlich darüber entscheiden kann, ob sie bei dem Geschäfte bleiben will oder nicht. Dies ist jedoch nicht so aufzufassen, als ob nur der eine Anspruch bedingt wäre, der andere aber nicht. Denn auch der Käufer hat einen realisierbaren Anspruch erst, nachdem er gebilligt hat.

Weil so nur ein einziger bedingter Vertrag vorliegt, kann es auch nicht mehr zweifelhaft sein, daß ein Geschäft dadurch, daß es auf Probe abgeschlossen wird, niemals den Charakter eines gegenseitigen Vertrages verliert. Denn selbst wenn z. B. beim Kauf die Ware sofort übergeben werden muß, ohne daß dadurch der Verkäufer irgend ein Recht erlangt, so bleibt die Gegenseitigkeit des Vertrages doch immer gewahrt. Denn auch hier verpflichtet sich die eine Partei nur, um das Versprechen der Gegenpartei zu erhalten. Die beiden Versprechen werden also wie bei allen synallagmatischen Verträgen gegeneinander ausgetauscht.[1] Deshalb finden

[1] Ein den Geschäften auf Probe in dieser Beziehung ganz analoger Fall ist der, daß jemand einen gegenseitigen Vertrag mit einem Beschränktgeschäftsfähigen eingeht in dem Bewußtsein, daß er mit einem Minderjährigen kontrahiert. Auch hier ist der volljährige Kontrahent an den Vertrag gebunden, während der

auch die §§ 320 ff. bürgerliches Gesetzbuch auf die Geschäfte auf Probe Anwendung. Eine weitere Frage ist die, ob der Vertrag dadurch, daß er auf Probe abgeschlossen wird und daß der Verpflichtete bereits auf Grund des Vertragsschlusses leisten muß, unter den § 321[1] fällt, mag auch das pactum nudum Leistung Zug um Zug verlangen. Das sind diejenigen Fälle, wo der Verkäufer oder der Vermieter die Sache übergeben müssen, der Dienstschuldner bei dem Berechtigten in Dienst treten muß. Voraussetzung des Rechtes, die Leistung zu verweigern oder Sicherheit verlangen zu können, ist, daß jemand aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist. Das ist hier aber nicht der Fall. Freilich muß der Verkäufer seine Ware sofort übergeben und ist der Gegner zu einer Gegenleistung erst verpflichtet mit Eintritt der Bedingung. Aber die Handlung des Verkäufers bedeutet nicht die Leistung im Sinne des Gesetzes. Sie ist nicht die Vertragsleistung,

---

Gewalthaber des Beschränktgeschäftsfähigen den Vertrag immer als nicht geschlossen behandeln kann. Dieser Schwebezustand dauert so lange fort, bis der Gewalthaber entweder nachträglich den Vertrag genehmigt oder seine Genehmigung verweigert. Ersteren Falles wird der Vertrag auch für den Gewalthaber verbindlich, im letzteren Falle wird der andere Teil frei. Wie der Gewalthaber sich entscheiden will, steht völlig in seinem freien Belieben. Also auch hier nur einseitige Bindung und willkürliche Entscheidung auf der Gegenseite. Man spricht bei diesen Fällen von einem negotium claudicans. Nur beruht einmal diese Eigenschaft auf Gesetz, das andere Mal auf Parteivereinbarung, was aber nach unserer modernen Auffassung von der unbedingten Vertragsfreiheit keinen wesentlichen Unterschied begründet.

[1] § 321: Wer aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, kann, wenn nach dem Abschluß des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des andern Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird.

deretwegen das Geschäft eigentlich abgeschlossen ist, sondern eben nur eine auf Grund einer Nebenabrede vorgenommene, vorläufige Handlung. Denn wie wir oben bereits sahen, gehört die Vereinbarung über die Ausgestaltung des Untersuchungsrechts nicht zu den essentialia negotii, sondern ist lediglich ein accidentale. Die Vertragsleistung ist beim Kauf Übergabe und Eigentumsübertragung. Hier findet aber nur die erstere statt. Es ist also nicht diejenige Leistung, welche auf Grund des Kaufvertrages bewirkt wird, welche zur Befriedigung desjenigen Anspruchs dient, den der Käufer aus dem Kaufvertrag erworben hat, sondern sie wird lediglich auf Grund der Abrede über die Ausführung der Probe, welche einen Bestandteil des Probevertrages bildet, vollzogen. Die Leistung ist beim aufschiebend bedingten Kauf auf Probe erst bewirkt mit der Billigung.

Weil keine Leistung vorhanden ist, kann man natürlich auch nicht von einer Vorleistung reden.[1]

Die Konsequenz dieser Folgerung ist die, daß, wenn jemand auf Grund eines am 1. Oktober abgeschlossenen Probekaufes verpflichtet ist, am 15. Oktober die Ware zur Probe zu übergeben, und die Gegenpartei am 10. Oktober in Vermögensverfall gerät, er die Probeleistung nicht verweigern kann auf Grund des § 321, während dies z. B. möglich wäre bei Stundung des Kaufpreises. Diese scheinbare Härte rechtfertigt sich aber daraus, daß der Verkäufer dadurch, daß er einen Probevertrag mit dem Käufer abschließt und ihm auf Grund dieses die Ware übergibt, immer ein gewisses Risiko übernimmt und seine Rechtslage immer viel schlechter ist als bei irgend einem anderen Geschäfte. Dies liegt in der Natur der Probeverträge begründet. Der Verkäufer weiß dies von vornherein; er läßt sich auf ein solches Geschäft aber ein, weil er hofft, dabei doch einen Vorteil

[1] Dies kann man erst, nachdem gebilligt worden ist.

zu haben. Wenn er also seinem Gegner eine so viel günstigere Stellung einräumt, so tut er dies nicht aus Liebenswürdigkeit gegen diesen, sondern lediglich im eigenen Interesse.

Viel klarer ist in dieser Beziehung die rechtliche Lage und Konstruktion bei denjenigen Verträgen, welche unter einer Resolutivbedingung abgeschlossen werden, was, wie wir unten sehen werden, ebenfalls möglich ist. Hier werden beide Ansprüche sofort mit Abschluß des Vertrages wirksam, Leistung und Gegenleistung treten sich bestimmt gegenüber. Freilich ist auch hier die Lage beider Parteien nicht völlig gleich, insofern der Bestand des Geschäftes abhängt von der willkürlichen Entscheidung einer Partei. Auch hier finden wir ein in dieser Hinsicht völlig passendes Analogon, nämlich in dem vertragsmäßigen Rücktrittsrecht der §§ 346 ff. Hier kann natürlich eine Vorleistungspflicht von vornherein vorhanden sein. Darüber entscheiden die allgemeinen Regeln.

Das Geschäft auf Probe ist jedoch immer ein bedingter Vertrag. Deshalb finden alle Vorschriften über bedingte Rechtsgeschäfte auf sie Anwendung (eine Zusammenstellung gibt Lukanow a. a. O. S. 30 ff.). Wichtig ist aber noch, auf folgende Eigentümlichkeit hinzuweisen. Ein Geschäft ist aufschiebend bedingt, bedeutet, daß die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung erst mit dem Eintritt der Bedingung eintritt. Zu den Wirkungen eines Geschäfts gehört aber auch die Anwendbarkeit der für das pactum nudum gegebenen gesetzlichen Bestimmungen. Vorher existiert ein Verhältnis, auf welches die gesetzlichen Bestimmungen nicht ohne weiteres Anwendung finden. Bei sehr vielen Verträgen werden aber bereits Leistungen bewirkt und entstehen Rechte und Verbindlichkeiten auf Grund des bedingten Vertrages, wo doch alle diese Erscheinungen erst als Folge des unbedingten Vertrages eintreten müßten. Dieses hierdurch

geschaffene rechtliche Verhältnis unterliegt also seinen eigenen Regeln, welche jedoch im Gesetze nicht zum Ausdruck gelangt sind. Sie sind daher für jeden Fall durch Analogie mit dem unbedingten Geschäft und ex natura rei zu entwickeln.

§ 3.

Welche Geschäfte können auf Probe abgeschlossen werden?

Die Frage, welche Geschäfte auf Probe abgeschlossen werden können, wird dadurch beantwortet, daß man die wesentlichen Merkmale der Geschäfte auf Probe feststellt und daraus die Konsequenzen zieht.

Bei Geschäften auf Probe verpflichten sich zwei Parteien zu gegenseitigen Leistungen, d. h. die eine Partei will leisten, die Gegenpartei nimmt das Anerbieten an und verpflichtet sich zur Gegenleistung unter der Bedingung, daß es ihr gefällt. Wesentlich ist, daß die Leistung um der Gegenleistung willen gemacht wird, daß beide in einer Wechselbeziehung zueinander stehen. Ein Geschäft auf Probe ist also nicht denkbar, ohne daß sich Leistung und Gegenleistung gegenüberständen, mit anderen Worten: nur Geschäfte, welche einen gegenseitigen Vertrag darstellen, können auf Probe abgeschlossen werden.[1]

Ein Geschäft wird auf Probe abgeschlossen, bedeutet, daß das Zustandekommen des Geschäfts davon abhängt, wie der eine Kontrahent die Leistung beurteilt. Dem einen Kontrahenten muß also durch den Vertrag die Möglichkeit gewährt werden, den Gegenstand des Vertrages zu prüfen, zu besichtigen. Dazu ist aber erforderlich, daß der Gegenstand derartig beschaffen ist, daß er eine

[1] A. A. offenb. Lukanow S. 25.

Prüfung zuläßt. Dies ist aber nicht der Fall bei denjenigen Verträgen, welche die Herbeiführung eines Erfolges nach den Anordnungen und Wünschen des Berechtigten zum Gegenstand haben. Deshalb scheiden der Werkvertrag und der Mäklervertrag für uns aus. Denn hier ist, wenn der vereinbarte Erfolg herbeigeführt ist, gerade das erzielt, was der Auftraggeber gewollt hat; weil aber dadurch die Wünsche des Bestellers, welche er bezüglich des Gegenstandes des Vertrags hegte, befriedigt sind, hat eine nachträgliche Prüfung des Erfolges, ob er ihm gefällt oder nicht, keinen Platz mehr. Mit dem Wesen des Werkvertrags ist die Probeabrede auch schon aus folgendem Grunde unvereinbar: Für das Probegeschäft ist wesentlich, daß die berechtigte Person es in der Hand hat, den Vertrag wieder hinfällig zu machen, d. h. für die Parteien den Zustand wieder herbeizuführen, welcher herrschen würde, wenn auch der bedingte Vertrag nicht geschlossen wäre. Der Werkvertrag verpflichtet aber eine Partei, den Stoff, welchen der Auftraggeber dem Unternehmer übergibt, zu bearbeiten oder zu verarbeiten, also in jedem Falle zu verändern. Hier wird es aber in der Regel kaum möglich sein, den früheren Zustand wiederherzustellen, da das Material umgestaltet und Arbeit darauf verwendet ist. Eine Art des Werkvertrages dagegen, welche die Probeabrede sehr wohl zuläßt, ist der Werklieferungsvertrag, welcher in seiner wirtschaftlichen Bedeutung kaum vom Kaufe abweicht und auch gesetzlich dem Kaufe sehr ähnlich geregelt ist. (§ 651 bürgerliches Gesetzbuch.)

Den Probegeschäften ist es eigentümlich, daß die berechtigte Partei auf Grund der Probeabrede das Recht gewinnt, den Vertrag aufzuheben, womit schon gesagt ist, daß das pactum nudum der Partei eine solche Möglichkeit nicht gewährt, sondern ihm erst durch die Probeabrede hinzugefügt wird. Daraus folgt, daß nur diejenigen Verträge auf Probe abgeschlossen werden können, welche

an und für sich auf Dauer berechnet sind, bei welchen es also den Parteien unter normalen Umständen nicht jederzeit möglich ist, vom Vertrage zurückzutreten, ohne sich schadensersatzpflichtig zu machen. Daher fallen für uns weg diejenigen Verträge, bei denen die Parteien beliebig die Auflösung verlangen können, so z. B. die Verwahrung §§ 695/696.

Auch das Darlehn kann nicht auf Probe abgeschlossen werden. Meistens wird Geld geliehen: da ist eine Probe überflüssig. Sind andere Sachen Gegenstand des Vertrages, so werden sie meistens eilig gebraucht und es findet sich hier keine Zeit, erst eine lange Prüfung vorzunehmen; auch hier wird man sagen können, daß geliehen nur solche Sachen werden, deren Brauchbarkeit sich durch eine kurze Prüfung feststellen läßt. Dazu kommt, daß man nur Sachen derselben Güte zurückzugeben braucht. Hat man schlechte empfangen, kann man ebensolche zurückerstatten.

Wenn wir nach diesen Merkmalen die Verträge des bürgerlichen Gesetzbuches prüfen, so finden wir, daß nur folgende Verträge auf Probe abgeschlossen werden können:

1. Kauf und Tausch,
2. Miete und Pacht,
3. Dienstvertrag,
4. Gesellschaft.

Doch fragt es sich, ob alle Verträge, welche unter diese Gruppen fallen, eine solche Möglichkeit bieten und dies soll im folgenden untersucht werden.

1. Kauf. Beim Kauf könnte man versucht sein, diejenigen Sachen auszuscheiden, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht, indem man folgendermaßen schließt: Um eine Sache erproben zu können, muß man sie gebrauchen; wenn aber der Gebrauch im Verbrauch besteht, ist es dem Käufer unmöglich, im Falle der Nicht-

billigung die Ware zurückzugeben. Ohne das ist aber ein Probekauf nicht möglich. Eine solche Folgerung ist jedoch nur in beschränktem Maße richtig. Es kommt sogar gar nicht so selten vor, daß verbrauchbare Sachen auf Probe gekauft werden. Der Fall wird meistens derartig liegen, daß der Käufer einen Teil der Ware verbraucht, um zu prüfen, ob sie seinen Wünschen entspricht. Findet sie nicht seinen Beifall, so gibt er den noch übrigen Teil der Ware zurück. Ob er dann den verbrauchten Teil vergüten muß oder nicht, hängt von der Lage des Einzelfalles ab, im Zweifel wird es anzunehmen sein. Auf diese Frage ist unten noch zurückzukommen. Sehr viel findet man den Probekauf im Zigarrenhandel. Exportfirmen schicken an einzelne Konsumenten Sortimentskisten mit der Vereinbarung, daß der Käufer berechtigt sein soll, von jedem Sortiment eine bestimmte Anzahl zu rauchen, und wenn es ihm dann nicht gefallen hat, die noch übrigen zurückzusenden; für die verbrauchten Zigarren hat er den vereinbarten Preis zu zahlen.

Ähnliche Geschäfte lassen sich natürlich auch bei anderen Konsumtibilien denken.

Unmöglich ist natürlich ein Probekauf von Sachen, die durch einmaligen Gebrauch gänzlich verbraucht werden. Einen Apfel, eine Zigarre kann ich nicht auf Probe kaufen. Ebensowenig ist dies bei einer Forderung möglich. Denn den Gebrauch von einer Forderung macht man dadurch, daß man sie einzieht; wenn sie eingezogen ist, existiert sie aber nicht mehr. Insofern steht also die Forderung den verbrauchbaren Sachen gleich. Dagegen wäre eine Verallgemeinerung auf alle res incorporales wieder zu weit gegriffen. Denn die Praxis eines Arztes, die Ausnutzung eines Patents können an sich sehr wohl Gegenstand eines Kaufs auf Probe sein; das ist juristisch und logisch denkbar. Eine andere Frage ist es, ob ein solcher Fall tatsächlich vorkommt.

Es ist auch nicht nötig, daß der Gegenstand des Kaufs schon beim Abschluß des Vertrages genau bestimmt ist, sondern es läßt sich auch ein Gattungskauf auf Probe sehr wohl denken.[1] Ein solcher liegt z. B. vor, wenn ich nach einem Katalog ein Fahrrad, Marke Brennabor, bestelle unter der Bedingung, daß ich es erst 14 Tage auf Probe haben kann. Dies ist eine Offerte auf Abschluß eines Probekaufs. Wird sie angenommen, so ist ein Vertrag zustande gekommen, der sich als Kauf auf Probe charakterisiert und doch keine bestimmte Sache zum Gegenstande hat. Diese Rechtslage bleibt so lange bestehen, als der Vertrag in seiner Abstraktion vorhanden und noch keine Handlung auf Grund des Vertrages vorgenommen ist. In dem Moment aber, wo der Verkäufer seine Bestimmung trifft, welche species aus der Gattung seine Leistung bilden soll, wo er also damit anfängt, dem Käufer die Prüfung zu ermöglichen, sei es, daß er sie ihm übergibt, sei es, daß er nur eine bestimmte Sache aussondert zur Besichtigung, ist aus dem Gattungskauf ein Spezieskauf geworden, d. h. das Schuldverhältnis ist nicht mehr unbestimmt auf irgend ein Stück der Gattung gerichtet, sondern ist auf das besondere vom Verkäufer bestimmte Stück beschränkt, so daß jetzt die Wirkungen des gewöhnlichen Probekaufs eintreten.

2. Alle Geschäfte, welche außer dem Kauf noch auf Probe abgeschlossen werden können, unterscheiden sich von letzterem wesentlich dadurch, daß keine dauernde Loslösung des Geschäftsobjektes von der Persönlichkeit des leistenden Kontrahenten eintritt, sondern daß auch der definitive Vertrag immer wieder aufgelöst werden kann und daß dann der Verpflichtete respektive sein Rechtsnachfolger wieder die freie Verfügung über den Vertragsgegenstand erwirbt; es besteht also noch immer eine Beziehung zwischen der gebenden Partei und dem

[1] Bestritt. Stein a. a. O. S. 40, Anm.

Geschäftsobjekt, welches durch den Vertrag in die Rechtssphäre des andern Kontrahenten gekommen ist. Es gehört demnach zum Wesen dieser Geschäfte, daß die Parteien während der Dauer der Verträge persönlich miteinander in irgend welche Rechtsbeziehungen treten, welche durch das Objekt vermittelt werden. Hat der Verkäufer seine Sache verkauft, so ist die Sache von ihm völlig losgelöst, der Käufer ist sein Rechtsnachfolger geworden. Bei den anderen Verträgen kann aber von einer Sukzession gar nicht die Rede sein. Die Rechte der Parteien folgen hier nicht zeitlich aufeinander, lösen sich nicht ab, sondern bestehen nebeneinander, und nur die Wirkungsmöglichkeit, die Intensität, ist eine verschiedene.

Aus diesen Beziehungen, welche der Vertrag zwischen den Parteien schafft, folgt eine erweiterte Wirkung der Verträge über den Vertragsgegenstand hinaus auf das persönliche Verhältnis der Parteien zueinander. Der Dienstschuldner hat nicht allein seine Arbeit zu verrichten, der Dienstherr nicht allein sein Geld zu bezahlen, sondern es kommen noch die Pflicht der Höflichkeit und Ehrerbietung, der guten Sitten beim Dienst und außerhalb desselben einerseits, die Pflicht der anständigen Behandlung in allen Stücken andererseits hinzu. Mit anderen Worten: Ob der Vertrag für die Parteien vorteilhaft ist, hängt nicht allein von der vereinbarten Leistung und Gegenleistung ab, sondern auch wesentlich von dem persönlichen Verhältnis beider Parteien zueinander. Bei Miete und Pacht ist es die Art und Weise, wie der Mieter die Sache behandelt, welche für den Vermieter von größter Wichtigkeit ist, und welche nicht genau voraus geregelt werden kann. Also beide Parteien begeben sich in eine rechtlich unbestimmte Lage hinein. Daraus könnte man schließen, daß bei diesen Verträgen die Probeabrede zu Gunsten beider getroffen werden könnte. Ich halte dies für juristisch und logisch möglich, und doch möchte ich,

wenn von Probegeschäften die Rede ist, den Fall ausscheiden, daß der Bestand des Vertrages vom Belieben des Dienstschuldners, der Vermieters usw. abhängt. Denn hier scheint mir ein vereinbartes Rücktrittsrecht vorzuliegen, nicht aber ein Probegeschäft. Die Probeabrede kann also nur zu Gunsten desjenigen getroffen werden, welcher den Vertragsgegenstand empfängt, d. h. denjenigen Gegenstand, für welchen das Entgelt gegeben wird, mag dies nun eine Sache sein, mag es menschliche Arbeit oder Fähigkeit sein.

Am häufigsten von allen diesen Verträgen dürfte der Dienstvertrag auf Probe abgeschlossen werden. Auch von diesem sind gewisse Gruppen auszunehmen, und zwar die freien Dienstverträge und die geschäftlichen Dienstverträge. Freie Dienstverträge[1] sind solche, bei denen der Dienstschuldner und der Dienstberechtigte rechtlich auf derselben Stufe stehen, so daß dieser von jenem nicht abhängiger ist als sonstige Schuldner von ihren Gläubigern. Als Beispiele hiervon sind zu nennen die Verträge der Handlungsagenten, Waschfrauen, Hausärzte. Diese sowohl wie die geschäftlichen Dienstverträge sind nicht auf eine längere Wirkungsdauer berechnet, sie werden nicht auf bestimmte Zeit abgeschlossen, sondern der Dienstschuldner hat seine Verpflichtung erfüllt, wenn die eine bestimmte Arbeit verrichtet, der eine Auftrag ausgeführt, das eine Geschäft besorgt ist. Deshalb kommen für uns nur die Anstellungsverträge in Betracht, d. h. diejenigen, bei denen sich der Dienstschuldner in ein auf Dauer bestimmtes Abhängigkeitsverhältnis begibt, dessen zeitliche Ausdehnung nicht durch die Quantität geleisteter Arbeit begrenzt, sondern auf einen längeren Zeitraum berechnet ist. Das sind die Verträge der Handlungsgehilfen, der Leibärzte, des Gesindes usw.

[1] cfr. Cosack, § 143, I 4.

Anhang.

Wann ein Geschäft auf Probe vorliegt, ist für jeden konkreten Fall nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte festzustellen. Der Name, welchen die Parteien dem Geschäft beilegen, ist nicht immer maßgebend. Bei einigen Geschäften kann man aber oft zweifelhaft sein, ob es auf Probe abgeschlossen ist. Hierher gehören z. B. die Auswahlsendungen und der Kauf auf Umtausch.

Wenn ein Kaufmann einem Kunden Waren zur Auswahl schickt, so ist er freilich hinsichtlich Ware und Preis gebunden, während der Käufer sich frei entscheiden kann, ob und welche Waren er nehmen will. Aber der Unterschied zwischen diesem Geschäft und dem Probekauf besteht darin, daß es hier an einem Vertrage mangelt. Es liegt hier ebenso nur eine einfache Offerte vor, als wenn eine Firma Kataloge und dergleichen zuschickt. Es fehlt noch jede genauere Bestimmtheit des Objektes. Mögen auch mehrere bestimmte Waren vorliegen und deren Preise feststehen, so ist doch nicht gesagt, welches Stück der Auswahlsendung Gegenstand des Vertrages werden soll. Die Aufforderung, Waren zur Auswahl zu senden, ist lediglich eine unverbindliche Einladung zum Vertragsschlusse, welche darauf abzielt, daß erst die Gegenpartei die Offerte abgebe.[1]

Von diesem Fall wohl zu unterscheiden ist derjenige, bei welchem jemand eine oder mehrere Waren kauft, sich aber vorbehält, diese ganz oder teilweise dem Verkäufer gegen Rückerstattung des Kaufpreises zurückzugeben. Dabei haben wir es mit einem vollendeten Kaufvertrage zu tun. Der Käufer kauft bestimmte Waren, kann sich aber jederzeit nach seinem Belieben vom Geschäfte zurückziehen. Es liegt demnach entweder

[1] A. A. z. B. E. des O. L. G. Zweibrücken. Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 38, S. 199.

ein Kauf auf Probe oder ein vertragsmäßiges Rücktrittsrecht vor. Soll nach der Parteiabsicht das Geschäft erst mit der Billigung durch den Käufer unbedingt, perfekt werden, so liegt ein aufschiebend bedingter Probekauf vor. Soll aber der Vertrag sofort wirksam werden, und nur bei ausbleibender Billigung wieder aufgelöst werden, dann ist die Möglichkeit eines vertragsmäßigen Rücktrittsrechts oder eines auflösend bedingten Kaufs auf Probe vorhanden. Welcher Auslegung der Vorzug zu geben ist, wird oft schwer zu entscheiden sein. Die praktischen und theoretischen Unterschiede zwischen beiden sind aber auch so gering, daß ihnen kaum eine Bedeutung beizumessen ist.[1].

Sehr bestritten ist, ob der Kauf mit Umtauschklausel zu dem Kauf auf Probe gehört. Bei einem solchen kommt zunächst ein vollständiger Kaufvertrag zustande. Der Käufer behält sich aber das Recht vor, falls ihm die gekaufte Sache noch gefalle, diese wieder „umzutauschen". Hier kann er also nicht wie oben die Ware ohne weiteres gegen Erstattung des Kaufpreises zurückgeben, sondern er kann sie nur gegen eine andere eintauschen. Ob er die erstgekaufte Ware behalten will, steht völlig in seinem Belieben; er kann sich entscheiden, wie er will; er kann auch seine Entscheidung von der eines andern abhängig machen oder sie gar einem Dritten übertragen.

Der Käufer kann also nie mehr vom ganzen Vertrage zurücktreten; er muß immer Käufer bleiben. Die ihm eingeräumte Vergünstigung besteht lediglich darin, daß er die Wahl hat, ob er die gekaufte Sache behalten oder an deren Stelle eine andere vom Verkäufer erwerben will. Auf der andern Seite erlangt der Verkäufer

---

[1] Vgl. hierzu wie zu den folgenden Ausführungen den Aufsatz von Oertmann „die Umtauschklausel" im Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 71 von 1906, S. 685 ff.

sofort einen unbedingten Anspruch auf den Kaufpreis, muß aber, falls der Käufer umtauschen will, diesem die Möglichkeit gewähren, an Stelle der umzutauschenden eine andere zu erwerben. Es fragt sich nun, wieweit diese Verpflichtung des Verkäufers geht. In erster Linie sind hier Treu und Glauben und die Rücksicht auf die Verkehrssitte als ausschlaggebende Momente zu berücksichtigen. Im einzelnen ist folgendes zu bemerken: Der Käufer kann sich den Ersatzgegenstand auswählen aus dem ganzen Warenlager des Verkäufers, bei größerem Geschäftsbetriebe aus dem Warenlager derselben Geschäftsstelle und derselben Abteilung (Rayon). Jedoch kann in der Regel der Käufer nur einen Gegenstand derselben Gattung verlangen. Die ausgesuchte Ware muß der Verkäufer dem Käufer zum Laden- oder Marktpreise zur Verfügung stellen. Wie sich die Rechtslage beim Fehlen eines solchen Preises gestaltet, kann erst entschieden werden, nachdem die juristische Natur der Umtauschklausel festgestellt ist (s. u. S. 33). Andrerseits wird man aber dem Käufer nicht unbedingt das Recht zugestehen können, eine Ware zu wählen, deren Preis von dem der umzutauschenden wesentlich verschieden ist. Eine wesentlich teurere Ware wird er nur dann wählen können, wenn er sich zur sofortigen Erlegung der Preisdifferenz erbietet. Die Barzahlung des Unterschiedes wird man selbst dann verlangen müssen, wenn beim ersten Kauf ihm Stundung gewährt worden ist. Denn daraus, daß ihm ein kleinerer Betrag vom Verkäufer kreditiert ist, könnte nur zum Nachteil des Verkäufers gefolgert werden, daß gleiche Vergünstigung auch hinsichtlich der größeren Summe verlangt werden könne: ein Schluß, der daher abzulehnen ist. Es fragt sich weiter, ob der Käufer sich eine billigere Ware aussuchen kann. Von einigen[1] wird dies schlechthin verneint. Ich glaube, dem ist insoweit

[1] Z. B. Staub, Komm. z. H. G. B.; Eck zu § 382 Nr. 16.

beizutreten, als der Käufer nie verlangen kann, daß ihm ein Teil des Kaufpreises in bar wieder herausbezahlt wird. Wählt er eine billigere Ware von der Art der gekauften, so kann er Ware irgendwelcher Art, sofern nur der Verkäufer sie führt, für die Preisdifferenz fordern. Tauscht also jemand ein billigeres Fahrrad gegen ein teureres ein, was ihm an und für sich zugestanden werden muß, so muß er für den Unterschied irgendwelche andere Waren aus dem Lager des Verkäufers entnehmen, hat aber nie einen Anspruch auf bare Ausbezahlung des Unterschiedes.

Diese Auslegung der Umtauschklausel dürfte den Absichten der Parteien und den Anschauungen des Handelsverkehrs entsprechen. Es gilt daher jetzt, diesen Tatbestand dem Rechtssystem einzuordnen und die rechtliche Natur der Umtauschklausel zu bestimmen. In der Literatur sind verschiedene Ansichten vertreten.

I. Von den aufgestellten Theorien interessiert hier zunächst diejenige, welche in dem Kauf mit Umtauschklausel nichts anderes als einen Kauf auf Probe sieht. Dadurch wird der Umtauschklausel jede eigentümliche Bedeutung abgesprochen.[1] Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht scheint mir, nach dem oben erörterten Tatbestande, auf der Hand zu liegen. Denn im Gegensatz zum Kauf auf Probe kann der Käufer nicht nach Belieben mißbilligen; er kann überhaupt aus seiner Stellung als Käufer dem Verkäufer gegenüber nicht mehr ausscheiden. Was er mißbilligen kann, ist nicht der Vertrag, sondern nur die Ware (cfr. S. 29). Er kann sich von der Verpflichtung, die im Umtauschkauf erworbene Ware zu behalten und zu bezahlen, nur dann befreien, wenn er an deren Stelle eine andere vom Verkäufer eintauscht.

[1] Vgl. Endemann, § 157a; Staub, Komm. z. H. G. B. Exk. zu § 382, Nr. 16; Planck, zu § 495, Nr. 1, O. L. G. Rostock in S. A., Bd. 56, S. 348; Dernburg, § 193, II.

Das Zustandekommen des Umtausches ist aber noch von besonderen Voraussetzungen abhängig, deren Eintritt der Käufer nicht oder nicht allein herbeiführen kann. Der Kauf mit Umtauschklausel entspricht also nicht dem wesentlichsten Merkmal des Kaufs auf Probe, daß die Billigung des Vertrages im freien Belieben des Käufers steht. Wollte man diese beiden Arten des Kaufs identifizieren, so müßte der Käufer auch berechtigt sein, jederzeit ohne Angabe eines Grundes vom Vertrage zurückzutreten und alle Ansprüche des Verkäufers aus dem Kauf an der Entstehung zu hindern oder die entstandenen wieder zu beseitigen. Das widerspräche aber den Interessen des Verkäufers und den Absichten der Parteien, die ihnen bei Vereinbarung der Umtauschklausel zu unterstellen sind. Die Parteien sind sich dessen vollkommen bewußt, daß sie durch Zufügung der Umtauschklausel dem Kauf ein besonderes, eigentümliches Gepräge geben, welches ihn von anderen Arten des Kaufs unterscheidet. Sie legen der Klausel eine ganz bestimmte Bedeutung bei. Da wir oben den Kauf mit Rücknahmeklausel für einen Kauf auf Probe erklärt haben, so ist damit auch der Unterschied dieses Vertrages von dem Umtauschkauf dargetan.

II. Die herrschende Lehre sieht den Kauf mit Umtauschklausel an als einen auflösend bedingten Kauf verbunden mit einem pactum de vendendo, bei welchem „der Verkäufer nicht berechtigt ist, eine neue Kaufofferte des Gegners in Bezug auf ein Stück seines Warenbestandes sine iusta causa zurückzuweisen“.[1] Diese Lehre scheint mir die richtige zu sein; denn sie wird den tatsächlichen Verhältnissen und den Verkehrsanschauungen am meisten gerecht.

Bei Abschluß des Umtauschkaufes ist sogleich noch die Möglichkeit eines 2. Vertrages, des Umtausches oder

[1] Oertmann, Komm. Anm. 1 c zu § 495, Cosack, Lehrb. § 132, I 1.

Ersatzkaufes, in Erwägung gezogen. Bei und durch den Umtauschkauf verpflichten sich beide Parteien, zum Zustandekommen dieses zweiten Vertrages nach Treu und Glauben mitzuwirken, falls der Käufer Umtausch begehren sollte. Über die Einzelheiten dieses Vertrages soll aber erst dann verhandelt werden, wenn der Käufer seinen Willen, umzutauschen, erklärt hat. Kommt der Ersatzkauf zustande, so zerfällt damit der Umtauschkauf; bis dahin aber bleibt dieser bestehen. Das Zustandekommen des Umtausches ist also die auflösende Bedingung für den Umtauschkauf.

Die einzelnen Bedingungen des Umtausches, sein Inhalt (also auch der des pactum de vendendo) sind zwar von vornherein noch recht unbestimmt. Nur allgemeine Richtlinien sind dafür gegeben. Doch ist die Unbestimmtheit der Gegenstände, auf welche das pactum de vendendo sich erstreckt, sowie die Unbestimmtheit des Inhalts des Ersatzkaufes nicht größer als in zahlreichen anderen anstandslos als rechtsverbindlich anerkannten Fällen, wie z. B. beim Gattungskauf oder beim Spezifikationskauf.[2] Auch die von Oertmann a. a. O. S. 695 angeführten Bedenken gegen diese Konstruktion sind meines Erachtens nicht so schwerwiegend, um diese als unhaltbar erweisen zu können. Der Schönheitsfehler allein, daß „der nach seiner empirischen Eigenart, seiner Zweckbestimmung einheitlich gedachte Akt rechtlich in eine Mehrheit von Geschäften zerfällt", scheint mir ebensowenig überzeugend zu sein wie die von ihm daraus abgeleiteten sachlichen Konsequenzen.

a. Wenn der Verkäufer sich für seine Ansprüche aus einem mit Umtauschklausel geschlossenen Kauf einen Bürgen oder ein Pfand bestellen läßt, so würden diese Sicherheiten zwar an und für sich mit dem ersten Geschäft ihr Ende finden. Aber ich

[2] Vgl. Oertmann, in Seuff. Bl. S. 693/694.

glaube, man braucht der Parteiabsicht gar keine Gewalt anzutun, wenn man in die erste Pfandbestellung gleichzeitig die stillschweigende Verabredung hineininterpretiert, daß für den Fall, daß der Umtauschkauf hinfällig werden sollte, die Sicherheit auch für die Forderung aus dem Ersatzgeschäft bestellt sein solle.

b. Auch dürften die Schwierigkeiten in den Fällen, in denen der Umtausch durch einen dritten erfolgen soll, nicht unüberwindlich sein. Wenn jemand einem dritten die Ware, die er mit dem Rechte des Umtausches gekauft hat, schenkt, so tritt er damit an diesen gleichzeitig das in der Umtauschklausel begründete Recht mit ab. Wenn der dritte also umtauscht, so handelt er als Rechtsnachfolger des Käufers, als Geschäftspartei, und schließt den durch die Umtauschklausel vorbereiteten neuen Vertrag ab; er kann alle Rechte ausüben, welche ehemals der Käufer hatte.

Ich glaube, daß diese auf Grund der Bedingungstheorie gewonnenen Resultate den Parteiabsichten und den tatsächlichen Verhältnissen gerecht werden und auch juristisch vollständig haltbar sind.

Nach dieser Theorie sind also 2 selbständige vollständige Verträge zu unterscheiden: Der Umtauschkauf und der Umtausch oder Ersatzkauf, der zweite ist die auflösende Bedingung für den ersten. Daß auch der Umtausch ein besonderer Vertrag ist, wird besonders deutlich in den Fällen, in welchen die einzutauschende Ware keinen Markt- oder Ladenpreis hat. In den übrigen Fällen könnte es freilich so aussehen, als wenn es sich um ein unbeschränktes Wahlrecht des Käufers handle. Für einen Einfluß des Verkäufers auf die Ausgestaltung des Geschäfts scheint kein Platz mehr zu sein. Allerdings ist für ihn die Möglichkeit, auf den Inhalt des Geschäfts einzuwirken, sehr gering; aber trotzdem muß

man auch hier eine Einigung annehmen: in dem Zur-Verfügungstellen liegt die Offerte, in der Vollziehung der Auswahl die Annahme. Bei den Fällen, in denen nicht Waren mit festem Markt- oder Ladenpreis zur Verfügung stehen, wird die Einigung, der neue Vertrag, besonders deutlich. Wenn z. B. jemand ein Pferd gekauft hat, mit der Abrede, er wolle es gegen ein anderes umtauschen können, so muß sowohl über den Gegenstand des Umtausches als den Preis eine Einigung erzielt werden: einerseits kann man dem Verkäufer nicht zumuten, daß er jetzt jedes Pferd hergebe, auf welches nun gerade die Wahl des Käufers fällt; andrerseits sind besondere Verhandlungen und eine besondere Einigung über den Preis des gewählten Pferdes erforderlich, als wenn der Umtauschkauf gar nicht abgeschlossen wäre. Freilich ist hierbei zu berücksichtigen, daß der Verkäufer nach Treu und Glauben zum Zustandekommen dieses Vertrages mitwirken muß. Tut er das nicht, verlangt er unangemessen hohe Preise oder macht er hinsichtlich der Auswahl durch den Käufer übermäßige Schwierigkeiten, so muß § 162 B. G. B. Anwendung finden: weil der Verkäufer wider Treu und Glauben den Abschluß des Vertrages und damit den Eintritt der auflösenden Bedingung für den Umtauschkauf verhindert hat, so gilt diese Bedingung als eingetreten, d. h. der Umtauschkauf ist hinfällig geworden, der Käufer kann gegen Rückgabe der Ware Rückzahlung des Kaufpreises verlangen.

An diesen Fällen scheitert die neuerdings von Oertmann sowie von einigen andern[1] vertretene Theorie, nach welcher der Kauf mit Umtauschklausel ein einheitliches Geschäft mit einer dem Gläubiger oder einem Dritten für ihn zugebilligten facultas alternativa

---

[1] O. L. G. Dresden vom 11. Mai 1900, Sächs. Archiv, Bd. 10, S. 516; Staudinger, § 495, Anm. 3c; Oertmann in dem genannten Aufsatz S. 695.

darstellt. Nicht haltbar aber scheint es mir zu sein, den Kauf mit Umtauschklausel bald als bedingten Kauf, bald als unbedingten Kauf mit einer dem Käufer eingeräumten facultas alternativa zu behandeln, je nachdem die einzutauschende Sache einen Ladenpreis hat oder nicht. Daß aber im letzteren Fall von einem Wahlrecht des Käufers keine Rede sein kann, wird von Oertmann selbst zugegeben.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß, wenn die Parteien sich über den Umtauschkauf nicht einigen können, die Resolutivbedingung eben ausfällt und es beim Umtauschkauf sein Bewenden hat. Der Käufer muß alsdann seine Ware behalten.

II. Die Rechtslage bis zur Entscheidung.

§ 4.

Die Art der Bedingung.

Wir sahen bereits oben, daß die Geschäfte auf Probe bedingte Geschäfte sind, und zwar sind sie im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen. Unter Billigung kann man zweierlei verstehen und wird offenbar auch vom Gesetz verstanden: es ist einmal ein psychologischer Vorgang. Der Berechtigte gewinnt das Urteil, daß ihm das Geschäft zusage, und er faßt dementsprechend den Entschluß, es zu genehmigen. Andrerseits ist aber die Billigung auch die Kundgebung des Resultates jener geistigen Tätigkeit, der in der Außenwelt sich betätigende Wille zu billigen, mit anderm Worte, eine Erklärung. Das entsprechende gilt auch von der Mißbilligung. Wenn danach als Bedingung die Billigung gesetzt wird, so kann dies sowohl die für die Außenwelt nicht erkennbare Fassung des Entschlusses als auch die Erklärung desselben bedeuten. Welcher Auffassung der Vorzug zu geben ist, ist in der Literatur bestritten. Für die erste scheinbar im allgemeinen vertretene spricht die historische Entwickelung. Im römischen

Recht sprach man hier von einer condicio si voluerim. Die Bedingung war hier offenbar nur das velle, d. h. der Willensentschluß. Doch glaube ich, daß praktisch diese Ansicht nicht verwertbar ist. Denn der Eintritt der Bedingung bewirkt eine Änderung der bestehenden Rechtslage, er ist also eine rechtlich relevante Tatsache, die auch für den Verpflichteten Rechte und Verbindlichkeiten wirksam werden läßt. Weil aber auch für Dritte der Eintritt der Bedingung rechtlich erheblich ist, muß er auch so vor sich gehen, daß er für dritte erkennbar ist. Was jemand bei sich denkt, ist gleichgültig; es gewinnt höchstens und frühestens erst dann irgendwelche Bedeutung, wenn es geäußert wird, ein Prinzip, welches im bürgerlichen Gesetzbuch des öfteren zum Ausdruck gekommen ist (cfr. § 116, § 164, Absatz 2). So kann auch hier der innere Vorgang nicht in Betracht kommen. Diese Auffassung würde praktisch außerordentliche Schwierigkeiten hervorrufen allein deshalb schon, weil sich dabei der Zeitpunkt der Billigung nie sicher feststellen läßt, was sehr oft von großer Wichtigkeit ist. Ich möchte deshalb annehmen, daß die Bedingung die Erklärung der Billigung ist.[1]

Die Geschäfte können unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung und unter der auflösenden Bedingung der Mißbilligung geschlossen werden. Zu der Frage, welche von den beiden vorliegt, bestimmt § 495, Satz 2 im Einklang mit dem Allgemeinen Deutschen Handels-Gesetzbuch Artikel 339, daß im Zweifel eine Suspensivbedingung anzunehmen ist. Das bürgerliche Gesetzbuch gibt hier eine seiner vielen Auslegungsvorschriften, welche dann eingreifen, wenn zwar ein Rechtsgeschäft abgeschlossen ist, Inhalt und Wirkung aber nur lückenhaft oder undeutlich von den Beteiligten festgesetzt sind. Dann gilt

[1] Ebenso Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 186; Leonhard in Iherings' Jahrbüchern 39, S. 183.

als vereinbart, was nach der vom Gesetze zugrunde gelegten Verkehrsanschauung der gewöhnlichen Absicht redlich handelnder Parteien oder der normalen Sachlage entspricht. Ist also aus dem Vertragsinhalt ein anderer Wille zu entnehmen oder läßt eine besondere Sachlage eine andere Regel als gegeben, als normal und billig erscheinen, so findet die Ergänzung des bürgerlichen Gesetzbuches keine Anwendung.

Es wird nun im praktischen Leben sehr selten vorkommen, daß die Parteien eine Abmachung darüber treffen, ob das Geschäft auflösend oder aufschiebend bedingt sein soll. Fehlt aber eine derartige Vereinbarung, so gilt es als suspensiv bedingt, es sei denn, daß besondere Umstände dagegen sprechen. Ein solcher Umstand ist aber nicht bereits darin zu erblicken, daß beim Kauf die Ware dem Käufer übergeben ist, oder beim Dienstvertrag der Schuldner beim Berechtigten in Dienst getreten ist. Es könnte besonders mit Rücksicht auf die eventuell erforderlich werdende Mißbilligungserklärung natürlicher erscheinen, in diesen Fällen eine auflösende Bedingung anzunehmen. Doch wäre eine solche Folgerung unrichtig, da das bürgerliche Gesetzbuch selbst auch bei übergebener Kaufsache die aufschiebende Bedingung als das Normale zugrunde legt (§ 495, 2).

Wird behauptet, daß das Geschäft unter einer auflösenden Bedingung geschlossen sei, so muß dies selbst bei Vorliegen der oben bezeichneten Umstände bewiesen werden, da die Vermutung dagegen spricht.[1] Eine auflösende Bedingung wird, abgesehen von dem Falle ausdrücklicher Vereinbarung, dann anzunehmen sein, wenn die Parteien die Abrede getroffen haben, daß irgend eine Wirkung vor der definitiven Entscheidnng eintreten soll,

---

[1] Ebenso Cosack I, S. 446; Oertmann, Bemerkung 3 zu § 495; Endemann S. 1010 N. 6.

welche sonst nur Folge des unbedingten Vertrages ist: so wenn der Kaufpreis sofort bezahlt wird oder wenn der Käufer die Lasten der Sache sofort übernimmt.

Die Frage, ob auflösend oder aufschiebend bedingtes Geschäft vorliegt, ist besonders beim Kauf von großer Wichtigkeit. Bei den anderen Geschäften spielt dies deshalb eine geringere Rolle, weil zwar auf das suspensiv bedingte Geschäft die Vorschriften über den unbedingten Vertrag nicht ohne weiteres Anwendung finden, aber die analoge Anwendung derselben auf die Zeit der Schwebe nicht wird in Abrede gestellt werden können, freilich geringe Modifikationen werden auch hier gemacht werden müssen.

§ 5.

Der Schwebezustand.

I. Aufschiebend bedingte Geschäfte:

1. Allgemein.

Die erste Wirkung jedes aufschiebend bedingten Vertrages ist die, daß die Parteien, wenn sie auch noch nicht definitiv gebunden sind, doch in der Verfügung über den Vertragsgegenstand beschränkt sind, da sie immer mit der Möglichkeit rechnen müssen, daß die Bedingung eintritt und dadurch für sie endgültig Verpflichtungen entstehen. Bei den Probegeschäften wird diese Rechtslage jedoch dadurch modifiziert, daß nur die eine Partei aus dem Vertrage gebunden ist, die andere sich aber hinsichtlich des Vertragsgegenstandes verhalten kann wie sie will. Denn ob die Bedingung eintritt oder ausfällt, liegt in ihrer Macht, sie kann daher jede von ihr geschaffene tatsächliche Lage durch Genehmigung oder Verweigerung derselben mit der Rechtslage in Einklang bringen.

2. Kauf.

Der Verkäufer muß jederzeit darauf gefaßt sein, liefern zu müssen. Danach muß er sich einrichten. Geht die Sache unter oder wird sie beschädigt infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, so macht er sich nach allgemeinen Grundsätzen schadensersatzpflichtig (§ 320 ff.). Ist dagegen die Sache übergeben, so haftet der Käufer für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit. Er hat mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Sache zu bewahren.

Der Käufer hat alle diejenigen Kosten zu tragen, die lediglich durch die Probe und zum Zwecke einer solchen entstehen. Er muß auch für die Erhaltung der Sache sorgen, muß Tiere füttern, die Maschine ölen usw., ohne daß er Ersatz dieser Auslagen verlangen könnte.

3. Miete und Pacht.

Ist dem Mieter oder Pächter die Sache noch nicht übergeben, so besteht die einzige Wirkung darin, daß der Vermieter oder Verpächter die Sache nicht an einen Dritten vermieten darf, sondern sich so einrichten muß, daß er im Falle der Billigung dem Mieter oder Pächter den Besitz der Sache verschaffen kann.

Ist dagegen die Sache übergeben, so finden auf das Rechtsverhältnis die Vorschriften über Miete und Pacht analoge Anwendung. Der Mieter ist berechtigt, die Sache zu gebrauchen, der Pächter daneben auch die Früchte zu ziehen, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag der Sache anzusehen sind. Dafür haben beide auch diejenigen Lasten zu tragen, welche sonst dem Mieter und Pächter zufallen (582, 583) und den Zins für die Zeit des Besitzes zu entrichten. Ist eine Kündigungsfrist nicht vereinbart, so finden die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Kündigung Anwendung (564ff, 595). Es ist also dem

Mieter und Pächter nicht möglich, zu jeder beliebigen Zeit zu kündigen.

Fraglich könnte noch erscheinen, ob dem Mieter im Falle des § 538, also wenn die Sache bei dem Abschluß mit einem Fehler behaftet ist, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauche aufhebt oder vermindert oder wenn ein solcher Fehler später entsteht infolge eines Umstandes, den der Vermieter zu vertreten hat, oder wenn der Vermieter mit der Beseitigung eines solchen Mangels in Verzug kommt, bei dieser Sachlage der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zusteht oder ob er nur mißbilligen kann. Der Vermieter ist auch auf Grund des bedingten Vertrages verpflichtet, dem Mieter eine zum Gebrauche taugliche Sache zu liefern. Außerdem kann der Mieter jederzeit durch Billigung einen unbedingten Vertrag herbeiführen und alsdann die Wirkungsvoraussetzungen der §§ 538, 541 schaffen. Dazu kommt, daß der Mieter nicht wie der Käufer sich jederzeit vom Vertrage befreien kann, sondern an Kündigungsfristen gebunden ist. Infolgedessen wird dem Mieter unbedingt das Recht zugestanden werden müssen, beim Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 538, 541 vom Vertrage zurückzutreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

4. Der Dienstvertrag.

Der Dienstvertrag auf Probe ist nur zugunsten des Arbeitgebers möglich (vergl. oben S. 25). Auch hier sind wieder zwei Fälle denkbar, je nachdem der Dienstschuldner beim Arbeitgeber arbeitet oder nicht. Letzterer Fall, der praktisch kaum vorkommen dürfte, interessiert hier nicht weiter. Es gilt dasselbe wie bei der Miete und Pacht. Auf den anderen Fall finden die § 611 ff. uneingeschränkt Anwendung. Es ist hier also möglich, durch Vereinbarung dem Arbeitgeber das Recht sofortiger

Entlassung einzuräumen. Ist eine Vereinbarung über die Kündigungsfrist nicht getroffen, so gelten die §§ 621, 622.

In der Praxis kommen unter der Bezeichnung: „Dienstvertrag auf Probe“ besonders drei verschiedenartige Verträge vor.

1. Bei der ersten Gruppe hat der Angestellte eine Probezeit von bestimmter Dauer zu absolvieren, für die er je nach der Verabredung eine Vergütung bezieht oder nicht. Nach Ablauf derselben entscheidet sich der Dienstherr, ob er ihn behalten will oder nicht. Im Bejahungsfalle wird jetzt ein ganz neuer Vertrag geschlossen, durch welchen das künftige Verhältnis der Parteien geregelt wird, rechtlich völlig unabhängig von dem ersten sogenannten Probevertrag. Dabei haben beide Parteien völlig gleiche Stellung, sie stehen sich als selbständige Kontrahenten gegenüber, so daß auch der Dienstschuldner seine Bedingungen stellen kann und nicht zum Abschluß eines Vertrages verpflichtet ist, welcher ihm nicht mehr zusagt. In diesem Falle handelt es sich also um zwei selbständige Verträge: Der erste regelt nur die Verhältnisse während der Probezeit, während die Ausgestaltung der definitiven Rechtslage, wie sie nach Ablauf der Probezeit eintreten soll, dem zweiten Vertrage vorbehalten wird. Beide Verträge stehen nur wirtschaftlich miteinander im Zusammenhange, insofern die Erfüllung des ersten Vertrages dem Dienstherrn einen Anhalt dafür geben soll, ob der Dienstschuldner für sein Geschäft passend ist und welche Vergütung er ihm gewähren kann.

Diese in der Praxis überwiegende Vertragsgruppe kann juristisch nicht als Probegeschäft gelten, da eben die auf Grund des Probevertrages eintretende einseitige Bindung an den Vertrag fehlt. Es handelt sich hier vielmehr um einen auf bestimmte, meist kurze Zeit geschlossenen gewöhnlichen Dienstvertrag.

2. Bei der zweiten Gruppe wird von vornherein das definitive Vertragsverhältnis mitgeregelt, welches ipso iure nach Ablauf der Probezeit eintritt, wenn der Dienstherr sich in positivem Sinne entschieden hat. Hier liegt ein einziger unter die Bedingung der Billigung gestellter Vertrag vor, der eine sofortige und einseitige Bindung des Dienstschuldners bewirkt, also ein regelrechtes Probegeschäft darstellt.

3. Sehr oft wird bei Verträgen der ersten sowohl wie der zweiten Gruppe verabredet, daß der Dienstherr im Falle der Mißbilligung dem Dienstschuldner eine Abfindungssumme zahlen muß. Dies findet sich besonders dann, wenn der Dienstschuldner eine sichere Stellung aufgibt, um das Probeengagement einzugehen. Wenn der abgeschlossene Vertrag ohne diese Vereinbarung ein Geschäft auf Probe ist, so wird ihm dieser Charakter auch durch diese besondere Abmachung nicht genommen. Denn wenn auch der Dienstherr nicht mißbilligen kann, ohne zu einer oft nicht unbedeutenden Leistung verpflichtet zu werden, und wenn auch dadurch die Freiheit seiner Entschließung beeinflußt werden mag, so kann doch andrerseits nicht bezweifelt werden, daß eine Einengung der Entscheidungswillkür in dem Sinne, wie sie für uns allein in Betracht kommt, hier nicht vorhanden ist. Denn nur darum handelt es sich für uns, ob der Berechtigte sich entscheiden kann, wie er will, ohne dadurch irgendwie einer zwischen ihm und dem Dienstschuldner getroffenen Vereinbarung entgegenzuhandeln. Das tut aber der Dienstherr durch die Mißbilligung keineswegs, ist doch schon im Vertrage diese Möglichkeit berücksichtigt. Eine Verpflichtung, sich unter irgendwelchen Voraussetzungen im positiven Sinne zu entscheiden, besteht also nicht. Der lediglich wirtschaftliche Druck aber, daß er infolge der Mißbilligung einen Vermögensschaden erleidet, ist für die rechtliche Würdigung völlig irrelevant.

Sobald das Handelsrecht Anwendung findet, gelten besondere Regeln. Alsdann ist ein Engagement auf Probe mit dem Recht der täglichen Aufhebung wegen § 67 nicht mehr statthaft. Denn danach verstößt eine Vereinbarung, daß Kündigung zu anderer Zeit als zum Monatsschluß stattfinden könne, gegen das Gesetz. Auch muß die Kündigungsfrist für beide Teile gleich sein und mindestens einen Monat betragen. Eine Vereinbarung, die diesen Vorschriften zuwiderläuft, ist nichtig. Während also bei Geltung des bürgerlichen Gesetzbuches der Dienstherr sich das Recht vorbehalten kann, den Dienstschuldner jederzeit zu entlassen, auch gesetzlich eine Kündigungsfrist von einem Tage Platz greifen kann, § 621, Absatz 1, muß nach dem Handels-Gesetzbuch immer eine mindestens einmonatige Kündigungsfrist beobachtet werden. Ist aber eine Kündigungsfrist überhaupt nicht vereinbart, und auch die Dauer des Dienstverhältnisses nicht bestimmt, so kann letzteres nur für den Schluß eines Kalendervierteljahres unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Wochen gekündigt werden, § 66. Das Engagement zur Aushilfe — § 69 — hat mit dem Probegeschäft gar nichts zu tun: Bei letzterem will man die Fähigkeiten des Gehilfen erproben; man will ihn eventuell dauernd behalten; beim andern will man einen fähigen Gehilfen engagieren, weil man vorübergehend Hilfe braucht. Es ist nun selbstverständlich auch unzulässig, die zwingenden Vorschriften über die Kündigung dadurch zu umgehen, daß man ein Probeengagement der Sachlage zuwider als Engagement zur Aushilfe bezeichnet. In dem Falle tritt nicht Nichtigkeit des ganzen Vertrages, sondern nur der dem Gesetz zuwiderlaufenden Abrede ein.

Wird bei einem Engagement ohne Vereinbarung einer bestimmten Zeitdauer oder einer Kündigung nichts weiter erklärt, als daß es zur Probe erfolgt, so ist diese Angabe eines Motivs ohne rechtliche Bedeutung. Es greifen

dann einfach die gesetzlichen Kündigungsfristen Platz (O. L. G. R. 3, 78). Die Annahme Makowers (I, 117), daß in diesem Falle die geringste zulässige Kündigungsfrist von einem Monat gilt, erscheint willkürlich.

Schließlich stellt jeder Lehrvertrag eine Art Dienstvertrag auf Probe dar, und zwar kann hier, wenn nicht besondere Kündigungsfristen vereinbart sind, während des ersten Monats nach Beginn der Lehrzeit das Lehrverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Neben dieser gesetzlichen Probezeit ist aber auch eine vertragsmäßige längere zulässig, nur darf sie die Dauer von 3 Monaten nicht übersteigen.[1] Während dieser Zeit ist also im Gegensatz zu dem Engagement der Handlungsgehilfen immer sofortige Kündigung möglich.

5. Die Gesellschaft.

Bei der Gesellschaft dürfte die einzig bedeutende Abweichung vom unbedingten Vertrage darin bestehen, daß die von den Gesellschaftern geleisteten Einlagen nicht Gesellschaftsvermögen werden.

II. Bei den auflösend bedingten Geschäften besteht die Bedingung in der Mißbilligung. Bei ihnen entstehen alle Ansprüche sofort, als wenn das Geschäft ohne jede Bedingung abgeschlossen wäre. Diese Rechtslage bleibt, wenn das Geschäft gebilligt wird. Sie wird jedoch mit allen ihren Folgen aufgehoben, wenn die Mißbilligung erklärt wird. Die genaueren Folgen der einzelnen Erklärungen siehe unten.

§ 6.

Das Untersuchungsrecht.

Eines der wesentlichsten Charakteristiken des Probevertrages ist der Anspruch des Berechtigten gegen den

[1] G. O. § 127, H. G. B. § 77.

Verpflichteten, ihm die Prüfung des Vertragsgegenstandes zu gestatten.[1] Es ist dies ein sofort auf Grund des bedingten Vertrages entstehendes Recht; auf seine Verwirklichung kann selbständig geklagt und das Vollstreckungsverfahren nach § 888 Zivil-Prozeß-Ordnung betrieben werden. Außerdem gerät der Verpflichtete bei Nichtleistung in Erfüllungsverzug und macht sich nach allgemeinen Grundsätzen schadensersatzpflichtig. Dagegen besteht auf seiten des Berechtigten irgend eine Verpflichtung zur Vornahme einer Prüfung nicht. Freilich kann er unter Umständen, wenn er die Untersuchung nicht rechtzeitig vornimmt, seiner Rechte aus dem Kauf auf Probe verlustig gehen.

In der Regel werden die Parteien eine Vereinbarung treffen, in welcher Weise die Untersuchung vorgenommen werden soll. Fehlt eine solche, so ist nach Lage des Falles zu entscheiden, ob der Verpflichtete sich auf Passivität beschränken kann oder ob auch er eine Handlung vornehmen muß. Bei der Entscheidung ist jedoch davon auszugehen, daß der Berechtigte nicht mehr verlangen kann, als unbedingt zur Vornahme der Probe erforderlich ist. So wird der Käufer, wenn er die Sache beim Verkäufer untersuchen kann, nicht beanspruchen können, daß ihm die Sache übergeben wird. Der Käufer muß aber alles mit der Sache vornehmen können, was zu ihrer Erprobung erforderlich ist. Damit ist die Begrenzung des Prüfungsrechts nach beiden Seiten gegeben. Was mindestens erforderlich ist, um die Tauglichkeit des Vertragsgegenstandes zu erproben, bestimmt sich nach der Verkehrsanschauung. Wenn der Verkäufer verbrauchbare Sachen auf Probe verkauft, so wird er es sich gefallen lassen müssen, daß der Käufer

[1] Aus dem Untersuchungsrecht folgt aber nicht, daß die Billigung vom Ausfall der Untersuchung abhinge. Freilich kann das Gegenteil vereinbart werden. Dann liegt aber kein Probegeschäft mehr vor.

einen so großen Teil derselben verbraucht, als zur Gewinnung eines Urteils für ihn erforderlich ist. Ja, man wird ihm sogar das Recht völliger Umgestaltung der Sache zugestehen müssen, wenn ohne eine solche die Prüfung unmöglich ist. Bei der Bestimmung des Umfangs des Untersuchungsrechts ist aber nicht die Erfahrung eines Sachverständigen zugrunde zu legen, sondern dem Käufer ist soviel Spielraum zu lassen, als ein Durchschnittsmensch braucht, um ein Urteil zu gewinnen. Nur wenn der Käufer wirklich Sachverständiger ist, wird man höhere Anforderungen stellen dürfen.

Hierbei ist es ganz gleichgültig, ob es sich um ein aufschiebend oder auflösend bedingtes Geschäft handelt. Die Frage, welche Wirkung eine Überschreitung des Prüfungsrechts hat, wird später untersucht werden.

Das Ausgeführte gilt auch für die übrigen Geschäfte. Dem Pächter muß gestattet werden, den ganzen Wirtschaftsbetrieb, Grund und Boden, Gebäude, Inventar usw. zu inspizieren. Ihm muß die Möglichkeit gewährt werden, alles zu besehen, was erforderlich ist, damit er sich ein Urteil bilden kann. Der Arbeitgeber muß das Recht haben, frühere Arbeiten des Schuldners sich anzusehen, ihn bei seiner Tätigkeit zu beobachten, ihn über seine Kenntnisse auszufragen usw. Ebenso steht es bei der Gesellschaft.

§ 7.

Die Fristsetzung.

Wie schon oben angedeutet, ist der Verpflichtete nicht völlig der Willkür des Berechtigten ausgeliefert, sondern er kann dem Zustande der Unsicherheit dadurch ein Ende machen, daß er dem Berechtigten eine Frist

setzt, binnen welcher dieser sich erklären muß. Macht er von diesem Rechte Gebrauch, so verändert er insofern die Lage zu seinen Gunsten, als er den Berechtigten dadurch zwingt, aus seiner Passivität herauszutreten und zu handeln, wenn er den sofortigen Eintritt rechtlicher Folgen verhindern will. Die Möglichkeit der Fristsetzung steht dem Verpflichteten jederzeit zu; ja sie gehört sogar unbedingt zum Wesen des Geschäfts. Denn ohne dieselbe wären die Geschäfte auf Probe praktisch unmöglich und ein Vertrag, durch den der Verpflichtete absolut dem Belieben des Berechtigten unterworfen würde, wäre ein Unding.[1]

Bei den meisten Geschäften auf Probe wird bereits bei Abschluß des Vertrages eine Probefrist vereinbart sein. Dies muß in der Regel ausdrücklich geschehen. Nur dann kann von einer stillschweigenden Fristabrede gesprochen werden, wenn Geschäfte von der Art des abgeschlossenen nur mit einer bestimmten Probezeit abgeschlossen werden oder die Vereinbarung einer Frist aus den Umständen mit Rücksicht auf die Verkehrssitte entnommen werden kann und ferner für diese eine orts- oder verkehrsübliche Frist besteht. Beide Voraussetzungen müssen aber verlangt werden. Wenn zwar eine Fristbestimmung zum Gegenstande der Vertragsverhandlungen gemacht ist, ohne daß eine Einigung über die Dauer der Probezeit erzielt wäre oder eine solche präzise Bestimmung absichtlich nicht getroffen ist (was in der Weise geschehen kann, daß gesagt wird, der Käufer solle sich bald entscheiden oder dergleichen), so gilt eine Fristsetzung überhaupt nicht als erfolgt.

Ist eine vertragsmäßige Regelung nicht erfolgt, so kann der Verkäufer dem Käufer nachträglich eine Frist setzen. Diese Fristsetzung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, welche ausdrücklich oder

[1] Vergl. Endemann I, S. 728.

durch konkludente Handlungen, auch durch die Klagezustellung erfolgen kann.[1]

Die Fristsetzung hat eine ganz besondere Bedeutung: sie hat eine Rechtsänderung zur Folge und zwar nicht lediglich zugunsten des Verkäufers, sondern auch eventuell zu seinem Nachteil. Denn er verliert nach Ablauf der Frist bei übergebener Sache den Anspruch auf Zurückgabe, bei nicht übergebener Sache auf Zahlung. Die Rechtsänderung kann nur eintreten, wenn eine Frist gesetzt wird. Beim Fehlen einer solchen ist auch das Verstreichen einer angemessenen Frist rechtlich völlig wirkungslos.

Die gesetzte Frist muß angemessen sein. Welche angemessen ist, darüber entscheidet die Verkehrssitte. Im allgemeinen wird man sagen können, daß es schon diejenige sei, welche mindestens zur Prüfung erforderlich ist. Sie ist zu berechnen nicht bereits vom Vertragsschluß an, sondern erst von dem Tage an, an dem die Bestimmung dem Käufer zugeht. Hierin könnte man eine Härte erblicken und das Verhalten des Käufers, welcher sich um die ihm zur Probe übergebene Sache nicht kümmert, als gegen Treu und Glauben verstoßend bezeichnen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß durch den Kauf auf Probe die Lage des Käufers der Natur des Instituts zufolge eine ganz ungewöhnlich begünstigte ist, daß der Verkäufer dies gewußt und es noch immer in der Hand hat, der Willkür des Käufers durch Fristbestimmung Schranken zu setzen und daß schließlich als

[1] Nach gemeinem Recht hatte der Käufer sich innerhalb der ortsüblichen Frist oder, wo eine solche nicht bestand, sobald als möglich zu entscheiden. Nach § 357 I 11 A. L. R. konnte der Verkäufer die Frist durch den Richter ergänzen lassen. Art. 339, Abs. 3 A. D. H. G. B. gab dem Verkäufer das Recht, in Ermangelung einer vereinbarten oder ortsüblichen Frist nach Ablauf einer den Umständen nach angemessenen Zeit den Käufer zur Erklärung aufzufordern, worauf dieser sich dann sofort zu erklären hatte.

angemessene Frist schon die Minimalfrist gilt. Der Verkäufer muß einen genauen Zeitraum angeben für die Erklärung des Käufers. Äußert sich der Verkäufer nur unbestimmt — etwa so: Ich erwarte bald eine Entscheidung, sonst werde ich anderweitig über die Sache verfügen —, so ist die Fristsetzung wegen der Unbestimmtheit unwirksam.

Welche Rechtslage tritt nun ein, wenn der Verkäufer eine unangemessene Frist setzt? Ist die Frist zu lang, so hat es dabei sein Bewenden. Wie es aber zu halten ist, wenn sie zu kurz ist, ist sehr bestritten.

Ein Teil der Schriftsteller[1] erklären das Setzen einer zu kurzen Frist für gänzlich wirkungslos. Für diese Auffassung scheint der Wortlaut zu sprechen: Der Verkäufer soll eine angemessene Frist bestimmen. Die von ihm gesetzte ist nicht angemessen. Die Voraussetzung, von der das Gesetz den Eintritt der betreffenden Rechtsänderung abhängig macht, ist nicht gegeben; infolgedessen ist die ganze Fristsetzung ohne rechtliche Bedeutung. Diese Schlußfolgerung scheint mir jedoch nicht zwingend zu sein. Man kann meines Erachtens aus dem Wortlaut des Gesetzes nur den Schluß ziehen, daß es für den Käufer unschädlich ist, wenn er innerhalb der zu kurzen Frist seine Erklärung noch nicht abgegeben hat. Der gezogene weiter gehende Schluß ist nicht notwendig. Wenn jemand eine zu kurze Frist setzt in dem guten Glauben, sie sei angemessen, so ist es eine durch nichts zu rechtfertigende Härte, wenn diese Fristsetzung gänzlich ohne Wirkung sein soll. Der Verkäufer ist also gezwungen, eine neue Frist zu setzen. Dies kann er aber erst tun, nachdem er erfahren hat, daß die erste zu

[1] Neumann zu § 186; Planck zu § 250 Anm. 2 b (es sei denn, daß in der Erklärung des Verkäufers ev. die Erklärung „innerhalb der wirklich angemessenen Frist" ausdrücklich oder stillschweigend gefordert ist); Oertmann zu § 250; Crome § 151, I 29; Enneccerus S. 412; Muskat a. a. O. S. 211.

kurz bemessen gewessen ist. Dies wird er in der Regel nur vom Käufer erfahren können. Der Käufer hat es demnach in seiner Gewalt, die Bestimmung einer neuen Frist beliebig lange hinauszuschieben. Es wird also nicht nur der Schwebezustand verlängert, sondern es wird auch die Rechtsunsicherheit bedeutend größer dadurch, daß der Verkäufer annimmt und annehmen muß, daß er den gesetzlichen Vorschriften genügt habe. Völlig willkürlich scheint es mir zu sein, wenn Planck am angeführten Orte behauptet, es sei Absicht des Käufers, daß die Rechtsänderung entweder in dem von ihm bestimmten Zeitpunkt oder überhaupt nicht eintreten solle.

Hiernach wird ferner derjenige, welcher eine zu kurze Frist setzt, demjenigen gleichgestellt, welcher gar keine Frist setzt. Diese beiden Fälle sind aber verschieden voneinander. Wer seiner Gegenpartei eine Frist zur Erklärung setzt, gibt damit zu erkennen, daß er gewillt ist, die durch § 496 gewährten Rechte für sich in Anspruch zu nehmen. Hat er dabei die Frist zu kurz bemessen, so ist es nur eine im Interesse aller liegende und statthafte Ergänzung der von ihm abgegebenen Willenserklärung, wenn ihr die Wirkung beigelegt wird, daß er innerhalb derjenigen Frist eine klare Rechtslage geschaffen wissen wolle, die nach Lage des Falles als angemessen zu gelten habe. Daß also, wenn die gesetzte Frist zu kurz sein sollte, an deren Stelle die angemessene treten solle. Die Folge der Bestimmung einer zu kurzen Frist wäre demnach, daß die Erklärung noch innerhalb einer angemessenen Frist abgegeben werden darf und daß sie erst nach Ablauf dieser als verweigert gilt.

Diese Ansicht wird auch tatsächlich von sehr vielen Schriftstellern[1] sowie vom Reichsgericht vertreten. Doch leidet sie meines Erachtens an einem Mangel, daß

[1] Cosack, § 123 III, 2c s. (I S. 422); Dernburg II, 1 S. 79; Matthiaß I, S. 394; R. G. E. 56 S. 234; R. G. E. in S. A. 59, S. 266; O. L. G. Hamburg S. A. 59, S. 137.

nämlich dadurch ein unerwünschter Zustand der Rechtsunsicherheit herbeigeführt wird. Der Verkäufer glaubt, nach Ablauf der von ihm gesetzten Frist seine Konsequenzen aus dem Schweigen des Käufers ziehen zu können und wird eventuell über den Gegenstand verfügen. Nachträglich gibt der Käufer eine Erklärung ab und wendet ein, die gesetzte Frist sei nicht angemessen gewesen, wohl aber habe er innerhalb der angemessenen Frist erklärt, und er verlangt jetzt Herstellung einer Rechtslage, welche infolge der mittlerweile geschaffenen nicht mehr hergestellt werden kann. Der Zweck der ganzen Fristbestimmung, die Beseitigung der Rechtsunsicherheit des Verkäufers, wird auch durch die Befolgung dieser Anschauung nicht völlig erreicht.

Um zu einem praktisch brauchbaren Resultat zu kommen, muß man meines Erachtens noch einen Schritt weiter gehen. Durch jede Fristsetzung gibt der Verkäufer zu erkennen, daß er die Absicht habe, dem Schwebezustande ein Ziel zu setzen; die von ihm bestimmte Frist halte er für eine angemessene. Schweigt der Käufer, so gibt er damit zu erkennen, daß er an der ihm gesetzten Frist nichts auszusetzen habe. Das muß nach Treu und Glauben angenommen werden. Hält der Käufer die ihm gesetzte Frist aber für zu kurz, so muß er dies dem Verkäufer mitteilen, womöglich unter Begründung seines Widerspruchs und dann innerhalb der von ihm für angemessen erachteten Frist sich entscheiden. Tut er das, will aber der Verkäufer die Erklärung nicht als rechtzeitig erfolgt gelten lassen, so hat der Richter zu entscheiden, ob nach Lage des Falles die Erklärung innerhalb einer angemessenen Frist abgegeben ist oder nicht.[1]

Diese Auffassung läßt also auch wie die vorige an Stelle der zu kurzen Frist die angemessene treten, wenn

[1] So Staub S. 1293, Exkurs zu § 377, Anm. 79 und offenbar auch Oertmann zu § 496.

der Käufer widerspricht. Sie erreicht aber, daß der Verkäufer immer weiß, woran er ist.

Ist die Frist von vornherein mit vereinbart, oder ist sie zwar nachträglich gesetzt, vom Käufer aber Widerspruch nicht erhoben, so kann die Dauer der Frist nur durch Vereinbarung wieder geändert werden. Ebensowenig wie der Verkäufer imstande ist, nachträglich an Stelle der zu langen Frist eine angemessene zu setzen, ist der Käufer berechtigt, Verlängerung der Frist zu verlangen, weil er durch nachträglich eingetretene von ihm nicht zu vertretende Umstände daran verhindert sei, die Probe vorzunehmen.

Das Gesagte gilt wie beim Kauf so auch bei den andern Probeschäften.

III. Die Entscheidung.

§ 8.

Die Billigung im allgemeinen.

Bei den Geschäften auf Probe steht die Billigung im freien Belieben des Berechtigten. Es entscheidet allein sein subjektives Ermessen. Diese Vorschrift des bürgerlichen Gesetzbuches, das Resultat langer und erbitterter Kämpfe in der Wissenschaft, ist eine derartig wesentliche Eigenschaft der Progeschäfte geworden, daß alle Geschäfte, bei denen die Entscheidung des Berechtigten noch von irgend einem anderen Umstande abhängig ist, nicht als eigentliche Probegeschäfte gelten können. Nicht jede Beeinflussung der Entschließungsfreiheit kann aber als ausreichend erachtet werden, das freie Belieben zu beseitigen. Sondern nur Einschränkungen, welche auf einem zwischen den beiden Parteien bestehenden Rechtsverhältnis beruhen, sind in dieser Beziehung rechtlich relevant. Die Billigung steht daher dann noch immer im freien Belieben des Käufers, wenn er durch die Mißbilligung einen Vermögensschaden erleidet, mag auch diese Folge schon im Vertrage vorgesehen sein (es ist z. B. ein Reugeld festgesetzt worden). Dadurch kann zweifellos die Freiheit der Entscheidung beeinträchtigt

und ein Druck in der Richtung zur Billigung ausgeübt sein; eine rechtliche Gebundenheit ist aber nicht vorhanden. Ebenso ist es unschädlich, wenn der Käufer sich einem Dritten gegenüber verpflichtet hat, zu billigen oder zu mißbilligen, selbst wenn dies schon vor Abschluß des Probevertrages geschehen ist und der Verkäufer davon weiß. Hier besteht zwar eine rechtliche Verpflichtung, sich in einem bestimmten Sinne zu entscheiden; aber diese Gebundenheit existiert nicht dem Verkäufer gegenüber. Der Kauf ist ein obligatorischer Vertrag und wirkt nur unter den Parteien; er wirkt andrerseits unter ihnen aber auch nur so, wie die Parteien selbst es miteinander vereinbart haben. Wenn daher einer der Kontrahenten mit einem Dritten irgend eine bindende Vereinbarung hinsichtlich des Vertragsschlusses getroffen hat, so kann der Inhalt und die Wirkung des Vertrages im Verhältnis der Parteien zueinander dadurch nicht berührt werden, es sei denn, daß die Parteien diese besondere Abmachung ausdrücklich oder stillschweigend in den Vertrag einbezogen hätten. Wenn sich also der Käufer einem Dritten gegenüber zur Billigung verpflichtet hat, so ist dies im Verhältnis des Käufers zum Verkäufer vollständig gleichgültig. Dem Verkäufer gegenüber kann sich der Käufer immer noch entscheiden wie er will. Ganz anders verhält es sich in den unten (S. 55) erörterten Fällen, wo der Käufer sich dem Verkäufer gegenüber verpflichtet hat, bei Eintritt bestimmter Bedingungen zu billigen.

Der Berechtigte kann seine Billigung selbst dann verweigern, wenn der Vertragsgegenstand völlig zu seiner Zufriedenheit ausgefallen ist; er aber aus irgendwelchen außerhalb des Geschäfts liegenden Gründen keine Lust hat, beim Vertrage zu bleiben. Deshalb liegt ein Probegeschäft z. B. dann nicht vor, wenn der Berechtigte zur Prüfung nicht nur berechtigt, sondern auch verflichtet ist und billigen muß, wenn die Prüfung ergibt, daß die

Ware allen seinen Anforderungen genügt.[1] Dieselbe Wirkung hat eine Abrede, daß der Käufer die Ware zurückgeben dürfe, wenn sie seinen Kunden nicht gefalle.[2] Hier ist offenbar die Entscheidung abhängig gemacht von einem außerhalb seines freien Willens liegenden Umstand. Es liegt zwar in der Absicht der Parteien, daß der Käufer auch dann billigen kann, wenn er noch keinen Liebhaber gefunden hat. Andrerseits muß er aber billigen, wenn sich ein Abnehmer eingestellt hat. Auch wird der Verkäufer verlangen können, daß der Käufer innerhalb einer angemessenen Zeit die Ware in verkehrsüblicher Weise seinen Kunden anbietet, ihnen die Möglichkeit gewährt, die Ware zu besehen. Und erst wenn dies fruchtlos gewesen ist, hat der Käufer das Recht, die Sachen zurückzugeben. Insofern ist er also zweifellos in seiner Entscheidungsfreiheit beschränkt, als er diesen Erfolg erst abwarten muß, und es liegt hier daher auch kein reines Probegeschäft vor. Dasselbe gilt von allen andern Geschäften, bei denen die Entscheidung von dem Belieben eines Dritten abhängig gemacht wird.

Bei dem Dienstvertrage ist es nicht selten, daß die Abrede getroffen wird, die Anstellung solle definitiv werden, wenn der Dienstschuldner sich gut geführt habe, Genügendes geleistet, zur Zufriedenheit seines Chefs gearbeitet habe. Auch derartige Geschäfte scheinen nicht in die Kategorie der reinen Probegeschäfte zu fallen, weil der Entschluß des Berechtigten hier durch allerlei Bedingungen gebunden sei. Dies ist aber nicht der Fall. Freilich wäre es denkbar, die Abrede so aufzufassen, daß die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten eventuell gerichtlich nachgeprüft werden könnte. Eine solche Auffassung entspricht meines Erachtens nicht der

[1] E. R. O. H. G. 14, S. 205.
[2] Staub a. a. O.; A. A. Dernburg II 2, S. 82.

Verkehrsanschauung. Es ist auch außerordentlich schwer, hier einen objektiven Maßstab zu finden. Dazu kommt, daß bei einem Dienstverhältnis nicht allein die nackten Leistungen in Betracht kommen, sondern auch noch viele andere rein persönliche Momente eine entscheidende Rolle spielen. Denkbar sind freilich auch Abreden in anderem Sinne. Ob das eine oder das andere vorliegt, ist nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu entscheiden. Die letztere Gruppe stellt aber keine Probegeschäfte dar.

Die Bewilligung geschieht in der Regel vermittelst einer Erklärung. Wie diese zu erfolgen hat, ob sie formlos abgegeben werden kann und ob sie empfangsbedürftig ist, ist im Gesetz nicht zum Ausdruck gelangt und ist daher nach allgemeinen Gesichtspunkten zu entscheiden.

§ 9.

Rechtliche Natur der Erklärungen.

Die Motive zum bürgerlichen Gesetzbuche II, Seite 336, sagen, die Erklärung des Käufers, daß er billige, sei eine rechtsgeschäftliche, und demgemäß fänden die allgemeinen Grundsätze über rechtsgeschäftliche Erklärungen Anwendung. Hieraus ergebe sich, daß die Erkläruug auch stillschweigend abgegeben werden könne. Wenn man unter ausdrücklichen Willenserklärungen diejenigen versteht, welche den Willen des Erklärenden unmittelbar durch sich selbst zum Ausdruck bringen (solche vermittelst Sprache und Schrift, Nicken, Schütteln des Kopfes, Handschlag usw.), so liegt eine stillschweigende Erklärung dann vor, wenn der Empfänger erst auf einem Umwege zur Erkenntnis des Willens des Erklärenden kommt, indem er aus der Handlungsweise des letzteren, welche

nicht direkt den Willen zum Ausdruck bringt, auf den Willen schließt.

Es ist kein Grund einzusehen, weshalb nicht auch die Erklärungen bei den Probegeschäften stillschweigend erfolgen könnten, gleichgültig ob sie suspensiv oder resolutiv bedingt sind, ob der Berechtigte Besitz oder Nutzung des Vertragsgegenstandes hat oder nicht. Besonders häufig werden die Willensäußerungen stillschweigend erfolgen, wenn der Berechtigte Besitz oder Nutzung des Vertragsgegenstandes hat, also wenn die Kauf- oder Mietsache dem Käufer beziehungsweise Mieter übergeben ist, der Dienstschuldner oder Gesellschafter bereits für den Berechtigten oder bei ihm arbeitet. So sind tatsächliche oder rechtliche Verfügungen über den Kaufgegenstand, Betrauung des Dienstschuldners mit einem Auftrag, dessen Erledigung erst nach Beendigung der Probezeit erfolgen kann, größere Kapitalsaufwendung auf den gepachteten Hof als Billigungserklärung anzusehen, wenn diese Maßnahmen derart sind, daß aus ihnen nach der Auffassung des Verkehrs geschlossen werden muß, der Berechtigte wolle bei dem Vertrage bleiben. Hierhin sind zu rechnen die Veräußerung und Verpfändung des Kaufgegenstandes, sowie die Bestellung von Servituten. Auch ist mit Bechmann anzunehmen, daß die Übernahme obligatorischer Verpflichtungen gegenüber Dritten in Bezug auf den Kaufgegenstand als Billigung gelten muß, so der Weiterverkauf der Sache.[1] In allen diesen Fällen wird die Billigung erklärt durch einfache Betätigung des Billigungswillens. Das gleiche gilt von der Mißbilligungserklärung. Wenn ich die gekaufte Ware zurückschicke oder, falls ich nicht im Besitz der Ware bin, mir eine andere verschaffe, dem Angestellten erkläre, ich hätte bereits einen andern für seinen Posten engagiert, so ist die Mißbilligung gültig erklärt.

[1] Lukanow, S. 51.

Steht somit fest, daß Billigung und Mißbilligung gänzlich formlos erklärt werden können[1], so ist jetzt die von der vorigen gänzlich verschiedenen Frage zu untersuchen, ob sie mit der Erklärung bereits wirksam sind, oder ob dazu noch andere Erfordernisse zu erfüllen sind, mit andern Worten, ob die Erklärungen empfangsbedürftig sind oder nicht.

Diese Frage ist, wie bereits Lukanow[2] hervorhebt, noch wenig behandelt, und doch ist sie von größter Wichtigkeit besonders für den Regelfall, daß eine Erklärungsfrist gesetzt ist.

Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind solche, die einem andern gegenüber abgegeben werden und die von ihm empfangen sein müssen, damit sie wirksam werden. Die wichtigste Folge der Eigenschaft der Empfangsbedürftigkeit ist die, daß die Erklärungen erst wirksam werden in dem Moment, in dem sie dem Gegner zugehen. Von dieser Tatsache und dem Zwecke der Bestimmung des § 496 muß man ausgehen, wenn man unsere Frage entscheiden will.

Der § 496 will dem Verkäufer eine Möglichkeit geben, sich innerhalb einer gewissen Zeit Gewißheit darüber zu verschaffen, ob der Käufer die Sache behalten will oder nicht. Die Vorschrift dient also lediglich dem Interesse des Verkäufers zur Vereinfachung und Klärung seiner Rechtsbeziehung und schafft den Ausgleich für seine im übrigen verhältnismäßig ungünstige Position. Dieser Zweck wird aber nur dann völlig erreicht, wenn er mit Ablauf der Frist auch genau weiß, wie es um seine Sache steht. Das wäre aber nicht der Fall, wenn Billigung und Mißbilligung nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen wären. Daß sie empfangsbedürftig sind, wird wohl allgemein zugegeben für den Fall, daß

[1] Die Erklärung der Billigung bedarf nicht der für den Vertrag vorgeschriebenen Form.

[2] Lukanow, S. 44.

die Ware dem Käufer nicht übergeben ist, wird aber für den entgegengesetzten Fall fast allgemein bestritten.[1] Wäre die letztere Ansicht richtig, so könnte der Fall eintreten, daß der Käufer innerhalb der ihm gesetzten Frist seine Mißbilligung irgendwie zu erkennen gegeben hat, ohne aber dem Verkäufer davon Mitteilung zu machen. Der Verkäufer glaubt infolgedessen, der Kauf sei unbedingt geworden und trifft danach seine Maßnahmen. Nach einiger Zeit stellt sich aber heraus, daß der Käufer seine Mißbilligung zwar erklärt, diese Erklärung aber nicht dem Verkäufer gegenüber abgegeben hat. Es liegt auf der Hand, daß dies zu unhaltbaren Zuständen führen würde und daher nicht dem Sinne des Gesetzes entsprechen kann. Der Verkäufer müßte darauf gefaßt sein, daß der Käufer zwar innerhalb der Frist seinen Willen zu billigen oder zu mißbilligen irgendwie geäußert, ihm aber noch nicht mitgeteilt habe. Dadurch würde auch nach Ablauf der Frist keine beiden Parteien erkennbare bestimmte Rechtslage geschaffen und die Fristsetzung ihren Hauptwert verloren haben.

Ferner behandelt offenbar das bürgerliche Gesetzbuch grundsätzlich alle Erklärungen als empfangsbedürftig. Es sind also alle Erklärungen als empfangsbedürftig hinzustellen, wenn nicht ein besonderer Grund für das Gegenteil spricht, sei es, daß dies unmittelbar aus dem Gesetze, sei es, daß es aus der Sachlage folgt. Beides aber ist hier nicht der Fall.

Der von Lukanow[2] geführte Beweis dafür, daß die Billigung bei übergebener Kaufsache nicht empfangsbedürftig sei, kann nicht als stichhaltig anerkannt werden. Es ist gar kein Grund einzusehen, weshalb die Billigungs-

[1] cfr. Crome II, S. 487; Lukanow, S. 48 c. cit.

[2] Lukanow, S. 45 ff.: Es ist hier deshalb erforderlich, auf die Ausführungen näher einzugehen, weil er, soviel ich sehe, der einzige ist, der eine ausführlichere Begründung dieser auch sonst vertretenen Auffassung gibt.

erklärung einen anderen Charakter haben soll, wenn die Kaufsache übergeben ist, als wenn sie nicht übergeben ist. Denn wie wir oben sahen und auch Lukanow anerkennt, kann die Billigungserklärung in beiden Fällen indirekt, stillschweigend abgegeben werden. Weshalb soll ich nicht gebilligt haben, wenn ich über die auf Probe gekaufte, noch beim Verkäufer befindliche Sache verfüge, wenn durch die gleiche Handlung bei übergebener Ware ein solcher Erfolg herbeigeführt würde? Lukanow schließt folgendermaßen. Man kann die Billigung als eine definitive Annahme einer Vertragsofferte auffassen. Die Annahme einer Vertragsofferte ist nun im allgemeinen eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Nach § 151 bürgerliches Gesetzbuch ist sie es aber nicht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Es ist jetzt zu prüfen, ob eine dieser beiden Bedingungen beim Kauf auf Probe gegeben ist. Nach Lukanow ist eine Erklärung nach der Verkehrssitte dann nicht zu erwarten, wenn die zum Verkauf angebotene Ware sofort mit dem Antrag übersandt wurde: „Der Verzicht des Antragenden kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, wobei im letzteren Falle wieder die Verkehrssitte maßgebend ist. Ein ausdrücklicher Verzicht liegt z. B. in der Erklärung, daß der Antragende die Genehmigung des Vertragsgegners annehme, wenn dieser innerhalb einer bestimmten Zeit nicht seinen entgegengesetzten Willen zum Ausdruck bringe. Ein solcher Verzicht ist naturgemäß auch dann anzunehmen, wenn nach gesetzlicher Vorschrift das Schweigen innerhalb einer bestimmten Frist als Zustimmung gelten solle. Dies ist beim Kauf auf Probe der Fall, wenn die Kaufsache übergeben ist. Die Genehmigung gilt aber dann nicht erst als im Endpunkt der vereinbarten Frist erfolgt, sondern bereits im Augenblick der Annahmebetätigung.“

Es mag zunächst dahingestellt bleiben, ob die Vorschriften über die Vertragsannahme ohne weiteres auf die Billigung Anwendung finden. Selbst dies zugegeben, so entbehren diese Deduktionen doch der Beweiskraft. Lukanow nimmt zunächst an, daß ein ausdrücklicher Verzicht vorliege, wenn dem Käufer eine Erklärungsfrist gesetzt sei. Dies ist ohne weiteres zuzugeben, nicht aber seine daraus gezogene Folgerung. Denn in den Fällen erfolgt eben die stillschweigende Annahme durch das Verrinnenlassen der Frist. Wenn der Verkäufer bis Ablauf der Frist keine ablehnende Nachricht hat, so schließt er daraus die Annahme und es ist für ihn eine ausdrückliche Mitteilung überflüssig. Damit ist aber noch lange nicht gesagt, ob auch eine schon vorher erfolgte Betätigung des Annahmewillens als Annahme gelten kann, sondern dies bedarf erst wieder einer besonderen Prüfung. Damit sind wir wieder an unseren Ausgangspunkt angelangt, und der Versuch Lukanows, seine Behauptung auf einen Verzicht des Antragenden zu stützen, muß als gescheitert betrachtet werden.

Ebensowenig scheint es mir stichhaltig zu sein, wenn Lukanow ein Zugehen der Erklärung deshalb für überflüssig erklärt, weil es nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. Hier bestreite ich aber die Existenz einer Verkehrssitte, daß die Annahmeerklärung nicht zu erwarten ist, wenn die zum Verkauf angebotenen Waren sofort mit dem Antrag übersandt werden. Es ist möglich, daß man sie hier vereinzelt annehmen könnte, doch ist immer nach Lage des konkreten Falles zu entscheiden (cfr. Cosack, § 59, 16). Und da ist beim Kauf auf Probe das Vorhandensein dieser Verkehrssitte zu verneinen, weil dadurch die Interessen des Verkäufers gar zu wenig gewahrt würden. Schließlich ist ganz allgemein noch darauf hinzuweisen, daß es sich nicht nur um eine Annahme, sondern auch um eine Ablehnungserklärung handelt; daß letztere ebenfalls nicht empfangsbedürftig

sein solle, ist aber von Lukanow an keiner Stelle behauptet, und ein Grund für eine verschiedene Behandlung beider Erklärungen ist nicht einzusehen. Auf sie würde auch die Analogie der Annahme gar nicht passen. Es ist also schon der Ausgangspunkt, den Lukanow für seine Deduktionen gewählt hat, verfehlt. Die Frage, ob die beiden hier fraglichen Erklärungen empfangsbedürftig sind oder nicht, muß also völlig selbständig und aus ihrer eigenen Natur und ihrem eigenen Zwecke entschieden werden.

Bei seinem zweiten Beweis (S. 48) bewegt sich Lukanow in einem circulus vitiosus. Er will nachweisen, daß die Billigung wirksam erklärt werden kann, auch ohne daß sie dem Verkäufer zugeht, und geht dabei von dem nach seiner Meinung feststehenden Satz aus, daß der Käufer billigt, „wenn er das Kaufobjekt ganz oder über den Probeverbrauch hinaus verbraucht oder wenn er sonstige typische Eigentümerhandlungen mit dem Gegenstande vornimmt." Er benutzt also als Obersatz das, was er beweisen will.

Wir sehen also, daß gewichtige Gründe dafür sprechen, die Billigung und Mißbilligung als empfangsbedürftige Erklärungen anzusehen, und daß andrerseits das Gegenteil nicht erwiesen worden ist. Es scheint mir daher unbedingt notwendig zu sein, daß Billigung und Mißbilligung dem Verkäufer gegenüber zu erfolgen haben, ganz gleichgültig, ob die Ware übergeben ist oder nicht.[1]

Steht somit die Empfangsbedürftigkeit jener Erklärungen fest, so fragt sich jetzt, welche Bedeutung nach dieser Auffassung solchen Handlungen zukommt, in denen die Anhänger der anderen Ansicht bereits eine

[1] Ebenso Muskat, S. 211; Planck, § 496, Nr. 3; Düringer-Hachenburg 3, S. 188; Gareis I, S. 109; Oertmann II, S. 206. A. A. die meisten, z. B. Crome II, S. 487, auch offenbar die Motive zum Entwurf I, § 79, Bd. I, S. 164.

Billigung sehen. Was ist die Folge, wenn der Käufer in das Buch eine Widmung schreibt, die Juwelen verpfändet oder weiter veräußert, den Ochsen schlachtet? Hier gibt es drei Möglichkeiten: entweder der Käufer kann auch jetzt noch ohne weiteres die Sache zurückgeben, oder er ist, wenn er sie wieder abliefert, zum Schadensersatz verpflichtet, oder aber er muß die Sache behalten. Wenn die Mißbilligung erfolgt, ist der Käufer verpflichtet, die Sache zurückzugeben und zwar muß er sie in dem Zustande wieder abliefern, in dem er sie empfangen hat. Dazu ist er infolge der Einwirkung auf dieselbe aber nicht mehr imstande; diese Unmöglichkeit hat er selbst verschuldet. Es findet infolgedessen § 280 bürgerliches Gesetzbuch Anwendung. Daraus ergibt sich folgendes:

Hat der Käufer den gänzlichen Untergang der Sache verschuldet, oder ist in anderer Weise die Rückgewähr infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden, so hat er dem Verkäufer den durch Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen, d. h. in unserem Falle, er hat den vereinbarten respektive angemessenen Kaufpreis zu zahlen, da dieser die Schädigung des Verkäufers repräsentiert. Der praktische Erfolg ist also ungefähr der gleiche, als wenn er billigen müßte.

Wird die Rückgewähr nur zum Teil unmöglich, so wirkt die Unmöglichkeit auf den möglich gebliebenen Teil der Leistung grundsätzlich nicht ein: Der Käufer kann also die Billigung verweigern respektive mißbilligen und die Sache dem Verkäufer zurückgeben, der Verkäufer kann dann diesen Teil einfordern. Für den unmöglich gewordenen Teil der Leistung hat der Käufer Schadensersatz zu leisten.

Ist die Rückgewähr zwar teilweise möglich, hat sie aber für den Verkäufer kein Interesse, so kann der Verkäufer unter Ablehnung des noch möglichen Teils

Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Leistung verlangen. Auf diesen Fall finden die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht entsprechende Anwendung. Hier interessieren besonders die §§ 351—353. Danach ist der Käufer nicht mehr in der Lage, die Billigung zu verweigern respektive zu mißbilligen, wenn er eine wesentliche Verschlechterung des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat. Der Untergang eines erheblichen Teiles steht einer wesentlichen Verschlechterung des Gegenstandes, das von ihm nach § 278 zu vertretende Verschulden eines andern dem eigenen Verschulden gleich. Ferner ist der Rücktritt unmöglich, wenn der Käufer die empfangenen Sachen durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat. Andrerseits wird an und für sich der Rücktritt durch die Tatsache der rechtlichen Verfügung über den Gegenstand nicht ausgeschlossen, wenn er nur imstande ist, die Sache innerhalb der vereinbarten oder gesetzten Frist zurückzugeben. Dagegen schadet es nichts, wenn die Sache durch Zufall bei dem Dritten untergegangen ist, natürlich vorausgesetzt, daß der Käufer trotz der Veräußerung überhaupt noch die Sache dem Verkäufer hätte wieder verschaffen können, was z. B. nicht der Fall ist, wenn ein unbedingter unanfechtbarer Vertrag vorliegt.

Die Unmöglichkeit der Leistung kann sich sowohl auf die Qualität als auf die Quantität beziehen. Es ist immer aus dem Inhalte des Schuldverhältnisses zu beurteilen, ob es sich um vollständige oder teilweise Unmöglichkeit handelt, d. h. ob die möglich gebliebene Art der Leistung noch eine teilweise durch Schadensersatz zu ergänzende Leistung im Sinne des Schuldverhältnisses darstellt oder nicht.

Ferner hat der Verkäufer, wenn man eine teilweise Unmöglichkeit anzunehmen gezwungen ist, mindestens in allen den Fällen kein Interesse an der Leistung mehr,

wenn er die Ware nicht mehr bestimmungsgemäß verwenden kann; selbstverständlich immer unter der Voraussetzung, daß eine derartige Einwirkung nicht zur Probe erforderlich gewesen ist. Deshalb muß der Verkäufer das Buch wohl dann noch zurücknehmen, wenn die Seiten ordnungsgemäß aufgeschnitten sind; denn das war zur Prüfung notwendig; aber nicht mehr, wenn beim Aufschneiden unsorgfältig verfahren ist und die Blätter selbst beschädigt sind oder wenn eine Widmung in das Buch hineingeschrieben ist. Der Käufer haftet dabei für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit. Der Käufer kann aber immer noch vom Vertrage zurücktreten, solange er die Ware in den Zustand zurückversetzen kann, in dem er sie empfangen hat oder sie abzuliefern verpflichtet ist.

Daraus, daß die Billigung empfangsbedürftig ist, ergibt sich, daß sie vom Käufer dem Verkäufer gegenüber abgegeben werden muß, und daß sie erst wirksam wird in dem Moment, in welchem sie dem Verkäufer zugeht. Wir haben oben gesehen, daß der Billigungswille auch stillschweigend, indirekt erklärt werden kann; damit ist aber noch keine rechtlich wirksame Erklärung abgegeben. Dies ist auch noch dann nicht der Fall, wenn der Verkäufer zufällig davon erfährt. Dagegen ist es genügend, wenn der Käufer dem Verkäufer mitteilt, daß er in bestimmter Weise mit dem Gegenstande verfahren sei. Darin ist dann eine indirekte Billigung zu erblicken. Alsdann ist aber die Billigung nicht bereits erfolgt im Augenblicke der Erklärungshandlung, sondern erst mit dem Zugehen.[1]

Anders ist es natürlich mit einer Erklärung unter Anwesenden. Zur Wirksamkeit einer solchen ist erforderlich, daß der zur Empfangnahme fähige Empfänger die Erklärung entgegengenommen hat oder daß sie ihm

[1] Ebenso Planck zu § 496.

gegenüber in einer nach der Verkehrssitte in Ansehung von Ort und Zeit angemessenen Weise abgegeben ist und daß das Erklärungsmittel der Wahrnehmungsfähigkeit des Empfängers angepaßt ist. Nichtannahme wider Treu und Glauben wird nicht berücksichtigt. Wenn also der Verkäufer zugegen ist, wie der Käufer in das Buch seinen Namen schreibt, oder der Käufer ihm zeigt oder sagt, welche Veränderungen er an der gekauften Sache vorgenommen hat, so ist damit eine gültige Erklärung abgegeben.

Weil die Billigung dem Verkäufer unbedingt zugehen muß, entsteht der Anspruch des Verkäufers aus dem Kauf auch erst im Momente des Zugehens. Ist dieses nicht erfolgt, hat aber der Käufer auf die Sache eingewirkt, so kann der Verkäufer nur Schadensersatz verlangen nach Maßgabe der §§ 249 ff. Der Käufer ist einfach mit einer fremden Sache, die er in seinem Besitze hatte, rechtswidrig verfahren und es gilt an und für sich nichts anderes, als wenn er die Sache in Verwahrung hätte.

Wenn der Käufer unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen billigt, so gilt dies als Mißbilligung verbunden mit einem Antrag auf Abschluß eines neuen Kaufs auf Probe, so besonders wenn er um eine Fristverlängerung bittet. Wird diese Offerte nicht angenommen, so ist das ganze Geschäft hinfällig; wird sie aber angenommen, so kommt ein neuer Kauf auf Probe zu den alten Bedingungen zustande, welche nur durch die neuen in dem Antrage des Käufers enthaltenen Bestimmungen geändert werden.

§ 10.

Der Zeitpunkt der Erklärung.

Die Billigung kann nur innerhalb der vereinbarten oder gesetzten Frist erklärt werden. War die Sache dem

Käufer zum Zwecke der Probe oder Besichtigung übergeben[1], so gilt sein Schweigen als Billigung (§ 496). Wegen dieser Vorschriften ist es von größter Wichtigkeit, festzustellen, von welchem Momente an die Billigung als verspätet anzusehen ist. Das Gesetz bestimmt ausdrücklich, daß die Billigung innerhalb der Frist erklärt sein muß. Die Billigung ist empfangsbedürftig; sie ist also erst dann vollendet, wenn sie dem Verkäufer zugegangen ist. Daher muß die Erklärung so früh abgegeben werden, daß sie innerhalb der Frist dem Verkäufer zugeht. Denn da das Zugehen ein integrierender Bestandteil jeder empfangsbedürftigen Willenserklärung ist, ist die Erklärung innerhalb der Frist nur dann abgegeben, wenn sie auch innerhalb der Frist zugeht.[2] Daraus folgt, daß, wenn die Erklärung unter Abwesenden abzugeben ist, sie auf Gefahr des Käufers reist. Deshalb genügt es auch nicht, daß die Erklärung so rechtzeitig abgegeben ist, daß sie bei regelmäßiger Beförderung innerhalb der Frist ankommen mußte, woran auch der Umstand nichts ändert, daß der Verkäufer die rechtzeitige Absendung erkennen konnte oder auch erkannt hat. Freilich wird man in dem Falle verlangen müssen, daß der Verkäufer dem Käufer unverzüglich nach dem Empfange der Erklärung anzeigt, sofern dies nicht schon vorher geschehen ist. Verzögert er die Absendung der Anzeige, so gilt die Erklärung als nicht verspätet eingegangen (analog § 149).

Kann man es als ziemlich unbestritten ansehen, daß die Billigungserklärung, wenn die Sache nicht übergeben

[1] Was unter Übergabe zu verstehen ist, ergibt sich aus den §§ 854 und 855, constitutum possessorium und Abtretung des Herausgabeanspruchs genügen nicht.

[2] Ebenso Endemann, S. 1011; Staub, S. 1396; Planck, Anm. 3 zu § 496. Anders Entscheidung des O. L. G. Braunschweig vom 6. Juli 1888, S. A. 44, S. 60, nach welcher es genügt, wenn der Wille am letzten Tage geäußert ist; es ist daher gleichgültig, ob die Mitteilung den Verkäufer erreicht.

ist, innerhalb der Frist zugegangen sein muß, so hat man aus dem Wortlaut des § 496, Satz 2, für den Fall, daß die Sache dem Käufer übergeben ist, das Gegenteil herleiten wollen. § 496, Satz 2, sagt: War die Sache dem Käufer übergeben, so gilt sein Schweigen als Billigung. Nun folgert man, der Käufer schweige schon nicht mehr, wenn er die mißbilligende Erklärung absende. Die Erklärung ist danach rechtzeitig erfolgt, wenn sie innerhalb der Frist abgegeben ist, ob sie nun dem Verkäufer verspätet oder gar nicht zugeht.[1] Diese formalistische Auslegung scheint mir nicht richtig zu sein. Schweigen ist in dem Zusammenhange nur ein kurzer Ausdruck für „nicht erklären". Der Sinn von § 496, Satz 2, ist also: War die Sache dem Käufer übergeben, so muß er seine Mißbilligung innerhalb der Frist erklären, widrigenfalls sein Schweigen als Billigung gilt. Es ist auch doch nicht einzusehen, weshalb bei übergebener Sache die Billigungserklärung innerhalb der Frist zugehen muß, an die Mißbilligungserklärung bei übergebener Sache, der vollkommen analogen Erklärung, eine solche Anforderung aber nicht gestellt werden sollte.

Es ist nicht zutreffend, wenn Lukanow[2] diese verschiedene Behandlung damit begründet, daß im Gesetz, wenn die Kaufsache nicht übergeben sei, dem Schweigen des Käufers keine selbständige Bedeutung beigelegt sei. Das Schweigen hat vielmehr auch hier seine eigene Bedeutung. Denn wenn der Käufer schweigt, so mißbilligt er und verliert damit seine sämtlichen Rechte aus dem Kauf auf Probe.

Sowohl die Billigung wie die Mißbilligung müssen also innerhalb der Frist dem Verkäufer zugegangen sein. Die Erklärungen reisen daher stets auf Gefahr des Käufers.[3] Er muß beweisen, daß die Anzeige innerhalb

[1] Lukanow S. 55; E. S. A. 44, S. 60.
[2] S. 56.
[3] A. A. Crome S. 486; Dernburg § 193, Note 7.

der Frist abgesandt und dem Verkäufer zugegangen ist. Er hat auch die Möglichkeit, sich diesen Beweis zu sichern.

§ 11.

Die Bedeutung des Schweigens.

Wir haben bisher gesehen, daß Billigung und Mißbilligung erklärt werden müssen. Nun bestimmt § 496, Satz 2: War die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung übergeben, so gilt sein Schweigen als Billigung, und daraus folgt umgekehrt: War die Sache nicht übergeben, so ist sein Schweigen als Mißbilligung anzusehen.[1] Dies gilt für aufschiebend und für auflösend bedingte Geschäfte. Diese der Sachlage völlig entsprechende Regelung enthält aber eine juristische Schwierigkeit: Ist das Schweigen als Erklärung durch konkludente Handlung zu betrachten? Ist hierin überhaupt eine Erklärung zu sehen oder handelt es sich lediglich „um die gesetzliche Wirkung eines objektiven Tatbestandes, die also auch eine Vergewaltigung der Absicht in sich schließen kann, z. B. im Falle des Vergessens, des Verlierens, der Verhinderung?“[2]

§ 496, Satz 2, stellt einen der wenigen Fälle dar, in denen nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes das Schweigen eine Zustimmung bedeutet, ebenso wie in den §§ 516, 568, 625. In allen diesen Fällen kann man aber nicht von einer konkludenten Handlung reden, wie es ein Teil der Schriftsteller tut.[3] Denn das Wesen der

[1] Diese Vorschrift kann durch Parteivereinbarung abgeändert werden, z. B. ich kaufe mir Bücher in der Weise, daß sie mir nur zugesandt werden sollen, wenn ich nicht während der Frist Gegenordre gebe.

[2] Bechmann Kauf II, S. 250 für den fast gleichlautenden Art. 339, Abs. 2 des A. D. H. G. B.

[3] v. Staudinger I, S. 316; Gareis I, S. 122; Enneccerus S. 1541.

facta concludentia besteht darin, daß aus dem Verhalten der Beteiligten, welches allein oder in erster Linie auf das Erreichen eines andern wirtschaftlichen Zweckes gerichtet ist, ein Schluß gezogen wird auf den Willen der Parteien. So wird daraus, daß der Erbe über Nachlaßgegenstände verfügt, gefolgert, daß er die Erbschaft angenommen habe. Damit man von konkludenten Handlungen reden kann, muß also mindestens eine Handlung vorliegen, d. h. eine Willensbetätigung, welche in der willkürlichen Vornahme oder in der willkürlichen Unterlassung einer Körperbewegung bestehen kann. Der Begriff setzt also einen Willen und die Betätigung desselben voraus. Nun tritt die Wirkung des Schweigens auch dann ein, wenn der Käufer nur aus Vergeßlichkeit die Erklärung nicht abgegeben hat, also in einem Falle, wo er sich gar nicht dessen bewußt ist, eine rechtliche Wirkung durch sein Verhalten hervorzurufen. Es fehlt also ein bewußtes Verhalten und deshalb auch der Wille und damit eine wesentliche Voraussetzung der Handlung. Eine solche kann daher in dem Schweigen nicht erblickt werden.

Auch als eine bloße Auslegungsvorschrift kann der Satz 2 des § 496 nicht aufgefaßt werden. Denn diese charakterisieren sich dadurch, daß sie bei undeutlichem oder lückenhaftem Inhalte der Rechtsgeschäfte ergänzende Normen geben. Davon kann in unserm Falle keine Rede sein.

Es handelt sich hier vielmehr um eine von den Parteien gesetzte Ausschlußfrist. Diese Fristen, die von den Verjährungsfristen streng zu unterscheiden sind, laufen entweder kraft Gesetzes oder kraft Setzung durch die Partei in den vom Gesetz bestimmten Fällen. Die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206, 207 sind auf sie nur ausnahmsweise für anwendbar erklärt und auch dies nur, wenn gewisse Handlungen innerhalb der Frist vor Gericht vorgenommen werden

müssen (§§ 210, 212, 802, 1002), oder wenn neben einer kürzeren eine absolut bestimmte längere Frist läuft (z. B. §§ 124, 1571, 2082). Niemals aber finden die oben erwähnten Vorschriften Anwendung bei der von der Partei gesetzten Frist. Deshalb läuft die Frist unbedingt, ganz gleichgültig, ob der Verpflichtete durch irgendwelche Umstände an der Einhaltung derselben gehindert ist oder nicht. Die Versäumung der Frist gewährt nicht nur eine Einrede, sondern bewirkt Erlöschen des Rechts. Die Berücksichtigung der Ausschlußfrist erfolgt deshalb, wenn der festgestellte Tatbestand Versäumung ergibt, von Amts wegen. Eine Erweiterung der Offizialmaxime ist hierin nicht gegeben.

Das Ablaufenlassen einer Ausschlußfrist ist, selbst wenn es gewollt ist, kein Rechtsgeschäft, sondern ein ohne Rücksicht auf den Willen wirksamer Tatbestand. Infolgedessen finden alle Vorschriften, welche für Erklärungen gelten, auf das Schweigen keine Anwendung. Als eine der wichtigsten Konsequenzen dieses Satzes mag angeführt werden, daß dem Käufer kein Anfechtungsrecht wegen Irrtums zusteht, wenn er nicht gewußt hat, daß er durch sein Schweigen billigte, und wenn er es gewußt hätte, nicht geschwiegen haben würde, was möglich wäre, wenn das Schweigen eine Erklärung durch konkludente Handlung wäre. Ist die Versäumung durch Betrug oder Zwang veranlaßt worden, so geht der Schadenersatzanspruch auf Herstellung des Zustandes, der ohne Versäumung vorliegen würde. (R. G. 22, S. 204).

Das Schweigen hat aber nur dann die Bedeutung der Billigung, wenn die Sache wirklich zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung übergeben war. Wenn also der Käufer die Sache nicht allein auf Grund eines Kaufs auf Probe, sondern noch aus einem anderen Rechtsgrunde besitzt, so kann in dem Verstreichenlassen der Frist nur eine Mißbilligung gesehen werden.

Beim auflösend bedingten Geschäft gilt ebenfalls, wenn die Sache übergeben ist, das Schweigen als Billigung. Das gleiche muß hier aber gelten auch dann, wenn die Sache nicht übergeben ist. Denn das Geschäft wird sofort wirksam und bleibt bestehen, wenn nicht der Käufer mißbilligt. Dies konnte er aber nur innerhalb der Frist tun, nach Ablauf derselben muß er beim Geschäfte bleiben.

IV. Gefahr und Nutzen.

§ 12.

Es soll zunächst der Gefahrübergang beim aufschiebend bedingten Kauf auf Probe untersucht werden. Gemäß § 446 geht mit der Übergabe der verkauften Sache die Gefahr auf den Käufer über. Deshalb findet, wenn die Sache nicht dem Käufer übergeben ist, der Gefahrübergang erst mit der Übergabe nach erfolgter Billigung statt. Anders scheint es zu sein, wenn die Sache übergeben ist. Da, wie oben dargelegt, die Sache schon verkauft ist mit Abschluß des Vertrages, so könnte es scheinen, als ob in dem Falle mit der Übergabe auch die Gefahr auf den Käufer überginge, weil beide Bedingungen des § 446 offenbar erfüllt seien. Dies ist aber nicht richtig. Nach § 158 treten die Wirkungen eines bedingten Geschäfts erst ein mit dem Eintritt der Bedingung, und da zu den Wirkungen des Geschäfts auch der Gefahrübergang gehört, so erfolgt auch letzterer erst im Momente der Billigung. Bis dahin trägt also der Verkäufer auf jeden Fall die Gefahr.[1] Wenn die

[1] Ebenso Dernburg II 1, § 174, IX 4; Neumann, Anm. I 3 zu § 446; Planck, Anm. 2c zu § 446; Oertmann, Anm. 6a zu § 446; Crome, S. 419. Gefahrübergang bereits zur Zeit der Übergabe nimmt an Düringer-Hachenburg III, S. 60.

Parteien dagegen der Billigung absolut rückwirkende Kraft zuschreiben, so gilt die Gefahr, wenn die Billigung erklärt wird, als mit der Übergabe übergegangen. Bis die Billigung aber erklärt ist, bleibt die Gefahr beim Käufer. Nicht jede Vereinbarung der Rückwirkung enthält aber bereits eine Gefahrübernahme durch den Verkäufer. Vielmehr muß man grundsätzlich verlangen, daß die Rückbeziehung hinsichtlich des Gefahrüberganges besonders bedungen ist; denn dieses dürfte in der Regel nicht der Parteiabsicht entsprechen, da es eine große Gefahr für den Käufer enthält. Jedoch entscheidet hier die Auslegung der einzelnen Abrede.

Es scheint mir nicht angängig zu sein, den Augenblick der Gefahrübergang verschieden zu bestimmen für zufälligen Untergang und für Verschlechterung, wie Kober[1] und Crome[2] es tun. Hierfür fehlt jeder Anhalt im Gesetze. Wenn der Käufer die verschlechterte Sache, die er gebilligt hat, zu den ursprünglichen Bedingungen abnehmen muß, so liegt das nicht daran, daß das periculum deteriorationis bereits mit der Übergabe übergegangen ist, sondern kommt daher, weil der Käufer die Sache eben billigt in dem Zustande, in welchem sie sich zur Zeit der Billigung befindet.

Anders verhält es sich beim auflösend bedingten Kauf auf Probe. Hier treten alle Wirkungen des unbedingten Geschäfts sofort mit dem Abschluß ein. Mit der Übergabe an den Käufer gehen daher auch Eigentum und Gefahr über.[3] Mit der Mißbilligung endigen die Wirkungen des Geschäfts, und Eigentum und Gefahr fallen wieder an den Verkäufer zurück. Ist dagegen Rückziehung, auch hinsichtlich der Gefahr, vereinbart, so ist, wenn die Mißbilligung erklärt wird, der Erfolg der,

[1] Bei v. Staudinger II, S. 45.

[2] II, S. 419.

[3] Ein prinzipieller Gegensatz zu dem sonst so verwandten Rücktrittsrecht.

daß die Aufhebung auf den Moment des Vertragsschlusses zurückverlegt wird, mit andern Worten: der Kauf als nicht geschlossen angesehen wird. Infolgedessen ist dann die Gefahr als beim Verkäufer geblieben anzusehen.

Der Gefahr entsprechend ist auch die Verteilung der Nutzungen zu regeln. Da beim aufschiebend bedingten Kauf auf Probe Eigentum und Gefahr bis Eintritt der Bedingung beim Verkäufer bleiben, gebühren ihm auch die Früchte während dieser Zeit. Die §§ 818 ff. und §§ 987 ff. finden Anwendung. Der Käufer kann aber, soweit es die Probe erfordert, die Sache nutzen, ohne daß der Verkäufer im Falle der Mißbilligung Erstattung dieser Vorteile beanspruchen könnte. Wegen aller Nutzungen aber, welche das die Probe erforderliche Maß überschreiten, haftet der Käufer nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung. Die gezogenen Früchte sind in natura herauszugeben. Ist dagegen Rückziehung vereinbart, so müssen im Falle der Billigung alle inzwischen gezogenen Früchte und sämtliche Akzessionen der Sache dem Käufer zuwachsen.[1] Andrerseits kann aber auch der Käufer Ersatz der Aufbewahrungskosten nicht verlangen.

[1] Vgl. Crome II, S. 486; Muskat a. a. O., S. 266.

V. Die Rechtslage nach der Entscheidung.

§ 13.

Die Wirkung der Billigung.

Erfolgt die Billigung, so ist die Bedingung, unter welche das Geschäft gestellt war, erfüllt und es treten jetzt alle Wirkungen des unbedingten Geschäfts ein. Beim Kauf entstehen die Ansprüche des § 433. Der Verkäufer wird verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Käufer ist verpflichtet, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die Sache abzunehmen. Der Dienstvertrag sowie Miete und Pacht treten zu den festgesetzten Terminen in Kraft, und beide Parteien sind aus denselben gebunden. Der bedingte Vertrag äußert gar keine Wirkungen mehr: die rechtlichen Verhältnisse sind genau so, als wenn der Vertrag im Momente der Billigung zustande gekommen wäre.

Nur ausnahmsweise wird man die Wirkungen des Geschäfts auf den Augenblick des Geschäfts zurückziehen

und der Billigung rückwirkende Kraft beilegen dürfen. Nach § 159 bürgerliches Gesetzbuch ist für die Entscheidung der Frage, ob die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen zurückbezogen werden sollen, der Inhalt des Rechtsgeschäfts maßgebend. Die Rückwirkung tritt also nur ein bei ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung. Nun nimmt Muskat[1] an, daß nach dem Inhalte des Kaufes auf Probe die Rückwirkung stets eintreten soll und die Ausnahmevorschrift des § 159 beim Kauf auf Probe Regel wird. Er begründet dies damit, daß der in den §§ 184, Absatz 1, und 141, Absatz 2, aufgestellte Grundsatz von der Rückwirkung der Genehmigung beziehungsweise Bestätigung hier durchgreife, da auch die Billigung nur eine Art der Genehmigung oder Billigung sei. Diese schlössen aber die Rückbeziehung begreiflich in sich, so daß sie stets als von den Parteien gewollt zu unterstellen sei. Diese Ausführungen scheinen mir aber nicht zutreffend zu sein. Die §§ 184 und 141 können nicht so ohne weiteres auf die Billigung angewandt werden, da sie einen ganz andern Tatbestand voraussetzen. Denn ganz abgesehen davon, daß § 141 einen nichtigen Vertrag voraussetzt und es sich in § 184 um die Genehmigung eines Dritten handelt, auf deren Erteilung oder Verweigerung der Kontrahent selbst keinen Einfluß hat, ist es dort immer Absicht der Parteien, ein Geschäft mit sofortiger Wirksamkeit abzuschließen. Nur fehlt in dem Tatbestande ein wesentliches Moment, dessen sofortige Hinzufügung ihnen in dem einen Falle als außerhalb ihrer Macht stehend unmöglich ist, und dessen Fehlen ihnen beim zweiten Fall gar nicht zum Bewußtsein gekommen ist. Es entspricht also nicht der Absicht der Parteien, wenn das Geschäft nicht sofort seine Wirksamkeit entfaltet. Dagegen beim aufschiebend bedingten Probegeschäft wissen und wollen die Kontrahenten,

[1] a. a. O. S. 209, ebenso Kober-v. Staudinger, Anm. 5 zu § 495.

daß die Wirkungen noch ausgesetzt werden. Die Billigung schließt also begrifflich die Rückziehung nicht in sich. Da § 159 eine Ausnahmevorschrift enthält, auch eine dahingehende Parteiabsicht nicht ohne weiteres angenommen werden kann, so glaube ich nicht, daß bei den Probegeschäften stets Rückbeziehung stattfindet. Natürlich können die Parteien das verabreden. Die Rückwirkung tritt aber nur im obligatorischen Verhältnis der Parteien zueinander, nicht auch Dritten gegenüber ein, wodurch sich die Billigung auch schon wesentlich von der Genehmigung unterscheidet. Diese Ansicht darf als die bei weitem herrschende bezeichnet werden.

Ebenso wenig ist, wenn das Geschäft unter der auflösenden Bedingung der Mißbilligung geschlossen ist, hieraus allein die Rückziehungsabsicht der Parteien zu entnehmen, sondern auch in diesem Falle findet zunächst die Regelvorschrift des § 158 und nur ausnahmsweise § 159 Anwendung.

Dagegen wird man beim Kauf auf Probe immer als Parteiwillen unterstellen dürfen, daß mit der Übergabe der Sache zum Zwecke der Probe zugleich das Eigentum bedingt übertragen werden solle. Deshalb wird durch die Billigung sowohl der obligatorische wie der dingliche Vertrag unbedingt und der Käufer erwirbt ohne weiteres Eigentum (§ 929, 2). Dabei ist natürlich vorausgesetzt, daß Einigung und Übergabe die einzigen Erfordernisse der Eigentumsübertragung sind. Ist das nicht der Fall, so bedarf es eben der Vervollkommnung des dinglichen Geschäfts und nur der obligatorische Vertrag wird unbedingt.

Haben wir oben gesagt, daß die Lage der Parteien genau so ist, als wenn ein gewöhnlicher Vertrag im Momente der Billigung abgeschlossen wäre, so bedarf diese Behauptung einer geringen Modifikation. Es werden nämlich die Ansprüche des Käufers wegen Mängel der Sache durch die Billigung etwas beeinflußt. Nach

Planck[1] und Matthias[2] ist es zwar Tatfrage, inwieweit dieselben durch die Billigung ausgeschlossen werden. Soviel wird man aber meines Erachtens sagen müssen, daß, wenn die Sache zur Probe übergeben ist, der Käufer unbedingt aller Rechte wegen bekannter Mängel verlustig geht. Ja man kann bei einem solchen Probekauf noch über die Bestimmung des § 465 hinaus dem Käufer auch seine Rechte wegen derjenigen Mängel absprechen, welche ihm erkennbar waren und ihm nur wegen grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sind.[3] Denn wenn ihm die Sache gerade zur Probe übergeben ist und er sie billigt, ohne sie genau zu untersuchen, so hat er eben nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gehandelt und hat sich die Folgen selber zuzuschreiben. Diese Ausführung scheint mir aus der Natur des Probekaufs und der Erklärungsfrist völlig gerechtfertigt. Natürlich begibt sich aber der Käufer durch die Billigung keineswegs des Rechts, den Verkäufer wegen verborgener Mängel, welche er beim Proben nicht bemerken konnte, zur Redhibition zu zwingen. Der entscheidende Moment ist der der Billigung. Denn erst dann hat der Käufer angenommen. Unter Annahme im Sinne des § 465 ist nicht die körperliche Inempfangnahme, sondern die Annahme als Erfüllung zu verstehen; der Anspruch des Käufers ist erst erfüllt, wenn ihm die Sache übergeben nnd das Eigentum an ihr übertragen ist, und letzteres ist erst durch die Billigung geschehen.

Der Käufer billigt, von den nicht erkennbaren Mängeln abgesehen, die Sache in dem Zustande, in dem sie sich gerade befindet, also eventuell auch in dem

---

[1] Anm. 3 zu § 495.

[2] a. a. O. S. 520.

[3] Vgl. Dernburg II, 2, S. 84; Crome II, S. 488[19]; ebenso wie der Text Leonhard in Iherings Jahrbüchern 39, S. 182; Oertmann Anm. 5 zu § 495.

verschlechterten Zustande. Nur wenn die Sache dem Käufer nicht übergeben war, wird man sagen müssen, daß Voraussetzung und stillschweigende Bedingung der Billigung ist, daß die Sache sich seit dem Vertragsschlusse nicht verschlechtert hat, sofern er nicht bei seiner Erklärung die Verschlechterung kennt. In letzterem Falle, sowie wenn die Sache ihm übergeben ist, kann er immer die drohende Gefahr durch Mißbilligung abwenden. Man wird ihn allerdings nicht für befugt erachten können, die Sache zu behalten und wegen der Verschlechterung eine Preisminderung zu beanspruchen. Anders ist es, wenn der Käufer zur Zeit der Billigung die Verschlechterung nicht kannte oder wenn die Sache inzwischen zu Grunde gegangen war. Alsdann finden die §§ 275, 323 Anwendung. Wenn die Sache untergegangen ist, kommt nicht etwa das Geschäft nicht zustande, weil es an dem Gegenstande des Kaufes fehlt, wie zum Teil angenommen wird. Denn dieser ist schon längst abgeschlossen und damals war der Geschäftsgegenstand noch vorhanden. Die Leistung ist dem Verkäufer vielmehr unmöglich geworden infolge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, und der eingetreten ist nach Eingehung des Schuldverhältnisses, allerdings vor Eintritt der Leistungsverpflichtung. Infolgedessen tritt für beide Parteien eine Leistungsbefreiung ein. Ist die Sache nur verschlechtert, so hat der Käufer nur einen nach den §§ 472, 473 ermäßigten Teil des Kaufgeldes zu zahlen.

Bei Miete, Pacht, Dienstvertrag treten im Falle der Billigung, wenn keine besonderen Abmachungen getroffen sind, diejenigen Regeln in Kraft, welche bei den Verträgen des Berechtigten normalerweise Anwendung finden, und wenn solche nicht bestanden haben, die gesetzlichen oder ortsüblichen. Bei der Gesellschaft werden die Einlagen Gesellschaftsvermögen.

§ 14.

Die Wirkung der Mißbilligung.

Ist beim aufschiebend bedingten Kauf die Billigung nicht erfolgt, beim auflösenden die Mißbilligung erklärt, so zerfällt damit der Vertrag. War die Sache beim Verkäufer verblieben, so ist die einzige Wirkung die, daß die Rechtsbeziehungen unter den Parteien aufgelöst werden. War dagegen der Kaufgegenstand dem Käufer übergeben, so muß ein der Rechtslage entsprechender tatsächlicher Zustand hergestellt werden. Es müssen also die empfangenen Leistungen von beiden Parteien zurückgewährt werden, der Verkäufer muß das Kaufgeld, der Käufer die Sache wieder herausgeben. Welcher Art sind nun die den Kontrahenten zustehenden Ansprüche, regeln sie sich noch aus dem Kauf oder aus ungerechtfertigter Bereicherung? Bei den suspensiv bedingten Geschäften gestaltet sich die Rechtslage insofern einfach, als das Eigentum überhaupt noch nicht übergegangen ist. Anders bei den auflösend bedingten Geschäften. Da die Wirkungen des Geschäfts durch Eintritt der Resolutivbedingung aufgehoben sind, scheint es damit in Widerspruch zu stehen, jetzt noch Ansprüche aus ihm herzuleiten. Andrerseits sind die §§ 812, Satz 2, 820 gerade für Fälle wie der hier vorliegende geschaffen. Und doch müssen meines Erachtens die Ansprüche als Nachwirkungen des Kaufvertrages angesehen werden. Denn darin, daß die Parteien ein Geschäft auf Probe abschließen, liegt auch die weitere stillschweigende Vereinbarung, daß sie sich bei Eintritt der Resolutivbedingung die beiderseitigen Leistungen zurückgewähren wollen.[1] Es entsteht also wieder ein gegenseitiges Schuldverhältnis,

[1] Ebenso Muskat S. 214; A. A. Planck, Anm. 2c zu § 446; Oertmann Anm. 6a zu § 446.

auf das alle für diese geltenden Vorschriften Anwendung finden.

Daraus folgt: Insoweit Rückgabe der Sache durch Zufall unmöglich geworden ist, wird der Käufer von der Verpflichtung zur Rückgewähr frei. Andrerseits verliert er aber auch den Anspruch auf das von ihm gezahlte Kaufgeld respektive vermindert sich bei teilweiser Unmöglichkeit die Gegenleistung. Der praktische Erfolg ist also der, daß nach Untergang des Kaufgegenstandes bei auflösender Bedingung eine Wiederauflösung des Kaufes nicht stattfinden kann.[1] Hier kommt man übrigens zu demselben Ergebnis, wenn man mit Planck am angeführten Orte den Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung als vorliegend annimmt. Denn wenn die Sache ganz oder zum Teil untergegangen ist, so ist eben der Käufer insoweit nicht mehr bereichert, andrerseits würde der Verkäufer nur um den Wert des tatsächlich zurückgegebenen bereichert werden, darf also die Differenz zwischen dem früheren und dem jetzigen Werte zurückbehalten.

War der Kaufpreis noch nicht bezahlt, so kann der Verkäufer, wie vorhin den empfangenen ganz oder teilweise zurückbehalten, jetzt den noch rückständigen nachfordern. Dies läßt sich allerdings aus der ungerechtfertigten Bereicherung nicht herleiten, wenn die Sache ganz zu Grunde gegangen ist, denn dann besteht eben auf keiner Seite eine solche. Und doch scheint es mir unhaltbar, daß der Verkäufer sein Geld bekommt, wenn er es sich sofort hat auszahlen lassen, dagegen leer ausgeht, wenn er Stundung gewährt hat. Das scheint mir auch unverträglich damit, daß der Käufer noch unbestrittenermaßen die Gefahr trägt; die Gefahrtragung wäre ja sonst vollkommen bedeutungslos. Allerdings sind nun die Kaufwirkungen aufgehoben. Aber die Rechtslage ist

[1] So Crome S. 420; Endemann § 157a, Anm. 10.

doch so, daß der Kauf zunächst wirksam geworden ist, die aus ihm sich ergebenden Ansprüche also entstanden sind, und daß mit der Mißbilligung erst die Wirkungen beseitigt werden. Die aus dem Kaufe sich ergebenden Leistungen müssen daher auch nach Eintritt der Resolutivbedingung alle bewirkt werden, soweit sie nicht infolge der Aufhebung des Kaufes zurückgewährt werden müßten. Der Käufer kann eben nicht mehr mißbilligen, wenn die Sache zu einer Zeit, wo er die Gefahr trug, durch Zufall untergeht. Infolgedessen ist der Kauf unbedingt geworden und der Verkäufer behält seinen Anspruch auf den Kaufpreis.

Da auch die Mißbilligungserklärung empfangsbedürftig und ein Widerruf derselben nur bei mindestens gleichzeitigem Zugehen wirksam ist, kann auch eine Benutzung des Kaufgegenstandes nach der Mißbilligung nicht als Widerruf aufgefaßt werden; eine solche stellt sich vielmehr als unerlaubte Handlung dar, welche den Käufer schadensersatzpflichtig macht.[1]

Die Frage, wer im Falle der Billigung die Transportkosten zu tragen hat, regelt sich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 269 ff. Ob der Käufer aber auch, wenn er die Ware nicht behalten will, die Kosten der Zurückgabe derselben tragen muß, ist eine reine Tatfrage. Jedenfalls ist es nicht richtig, diese Frage allgemein zu bejahen, wie Crome § 225, Anmerkung 9, es tut. Man kann auch nicht in Ermangelung einer Vereinbarung sagen, daß der Käufer im Zweifel die Kosten tragen müsse und hierfür Billigkeitsmomente geltend machen, weil der Käufer den Vorteil von der Probe habe.[2] Diesem Gesichtspunkte kommt deshalb keine Erheblichkeit zu, weil es vom Belieben des Verkäufers abhängt, ob er auf Probe verkaufen will, und wenn er

[1] Anders O. L. G. Hamburg, S. A. 48, S. 22.
[2] Dernburg II 1, S. 83, Staub a. a. O., Anm. 23.

dies tut, so geschieht dies lediglich im eigenen Interesse, nicht aber, um dem Käufer einen Gefallen zu erweisen.[1]

Bei Miete, Pacht und Dienstvertrag hat die Mißbilligung lediglich die Wirkung der Kündigung. Bei der Gesellschaft scheidet der Gesellschafter zum festgesetzten Termin aus, ohne daß eine Auflösung der Gesellschaft erfolgt. Die Einlagen sind dem Gesellschafter zurückzugewähren, für die Dienste, welche der Gesellschafter während der Probezeit geleistet hat, kann er eine Vergütung beanspruchen.

[1] Düringer-Hachenburg III, S. 188; v. Staudinger II b, Anm. 6 zu § 496, R. O. H. G., 24 S. 48.

VI. Die Verteilung der Beweislast.

§ 15.

Übersicht.

Wenn der Verkäufer gegen den Käufer auf Zahlung des Kaufpreises klagt und der Käufer einwendet, er habe zwar gekauft, aber auf Probe, und die Probefrist sei noch nicht abgelaufen, hat dann der Verkäufer den Abschluß des unbedingten Kaufvertrages oder der Käufer den eines Probevertrages darzutun? Das ist die Frage, die jetzt beantwortet werden muß. Sowohl in der Theorie wie in der Praxis sind die Ansichten durchaus geteilt und man hat für jede Meinung die verschiedensten Begründungen beigebracht. Es kann hier nicht unsere Aufgabe sein, auf sämtliche Beweislasttheorien (Negations-, Vermutungs-, Billigkeits-Theorie usw.) einzugehen und zu prüfen, wie sie unser Problem lösen, sondern es kann hier nur die herrschende Theorie und diejenige dargestellt werden, welcher Verfasser sich anschließen möchte.

Als die gegenwärtig herrschende Theorie kann diejenige bezeichnet werden, die alle Tatsachen, welche einen entscheidenden Einfluß auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse ausüben, einteilt in rechtserzeugende, rechtshindernde, rechtshemmende und rechtsvernichtende Tatsachen und dabei als erforderliche Grundlage für ein anerkennendes Urteil den Nachweis der rechtserzeugenden Momente erachtet, und demzufolge den Nachweis der

rechtshemmenden und rechtsvernichtenden Tatsachen dem Beklagten auferlegt. Doch besteht Uneinigkeit darüber, wie die rechtserzeugenden Tatsachen im konkreten Falle erkannt und von den rechtshindernden abgegrenzt werden und wie letztere, zu denen besonders die Bedingungen gehören, zu behandeln sind. Infolgedessen sind die Anhänger dieser Theorie in zwei Lager geteilt, indem sie teils die Bedingungen zu den rechtshindernden Tatsachen rechnen und den Beweis derselben stets vom Beklagten verlangen (Exzeptionstheorie), teils den Beweis für diese dem Kläger in negativer Fassung auferlegen (Leugnungstheorie). Sie kommen gerade bei Beantwortung unserer Frage zu entgegengesetzten Resultaten: Die Exzeptionstheorie legt dem beklagten Käufer den Beweis dafür auf, daß der Kauf als Kauf auf Probe geschlossen sei, die Leugnungstheorie umgekehrt dem Verkäufer den Beweis dafür, daß das Geschäft unbedingt zustandegekommen sei.

§ 16.

Die Exzeptionstheorie.

Die Exzeptionstheorie rechnet die Bedingung zu den rechtshindernden Tatsachen, und legt infolgedessen den Beweis dem Beklagten auf. Fragt man aber nach der Begründung und zu diesem Zweck allgemein nach der Abgrenzung der rechtserzeugenden von den rechtshindernden Tatsachen, so vermag die Theorie keine allgemein gültige Regel dafür anzugeben, und daran scheitert sie meines Erachtens. Freilich hat man verschiedentlich versucht, eine Erkennungsgrenze zwischen den genannten Tatsachenkategorien aufzufinden, ist aber dabei zu einem einheitlichen und befriedigenden Resultat nicht gekommen.

Man hat zunächst die anspruchbegründenden Tatsachen definiert als die eigentümlichen, unmittelbaren;

wesentlichen, als solche, die den Anspruch an und für sich begründen,[1] oder als die an sich wirkenden oder geeigneten, den Erfolg herbeizuführen[2] usw. Offenbar meint man mit allen diesen Tatsachen diejenigen, welche notwendig mindestens vorliegen müssen, damit der Anspruch entstehen kann, also für ihn kausal sind. Dies wird besonders deutlich zum Ausdruck gebracht von Wetzell:[3] „Negative und positive Voraussetzungen stehen einander gleich; unter Voraussetzung ihrer Relevanz sind beide zu beweisen, und zwar vom Kläger, wenn sie fürs Klagerecht, vom Beklagten, wenn sie für die Nichtexistenz die causa efficiens und nicht nur die condicio sine qua non bilden." Damit kommt man aber auf das vielumstrittene Gebiet der Kausalität. Schließt man sich der Auffassung an, nach welcher Ursache jede Bedingung ist, welche nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß auch der Erfolg entfiele, so gelangt man zu dem Resultat, daß an Stelle der erstrebten Verteilung der Beweislast, dem Kläger der Beweis für alle möglichen Dinge auferlegt wird. Denn damit aus einem Vertrage ein Anspruch entstehen kann, ist das Vorhandensein der Geschäftsfähigkeit, Abwesenheit von Willensmängeln geradeso erforderlich wie die Einigung, und alles müßte daher vom Kläger dargetan werden, ein Ergebnis, welches man gerade vermeiden wollte. Verwendet man aber die adäquate Kausalitätstheorie, nach welcher Ursache diejenige Bedingung ist, von der man mit Wahrscheinlichkeit erwarten kann, daß sie den Erfolg herbeiführe, so steht man vor der Schwierigkeit, die verschiedenen Bedingungen quantitativ gegeneinander abzuwiegen. Anstatt der Frage, welche Bedingung ist kausal, haben wir jetzt die andere: welche Bedingung ist generell

---

[1] Matthiaß Lehrbuch I § 71, S. 312.
[2] Motive zur Z. P. O., S. 1882.
[3] a. a. O., S. 148.

geeignet, den Anspruch entstehen zu lassen. Nicht objektiv feststehende Grundsätze, sondern Möglichkeiten und Wahrscheinlichkeiten müßten also die Entscheidung in der Frage nach der Verteilung der Beweislast abgeben.

Man hat daher auch wohl auf Aufstellung einer objektiv feststehenden Grenze verzichtet, und die Entscheidung der Frage, welche Tatsachen anspruchserzeugend sind, von dem freien Ermessen des Richters abhängig machen wollen. So führt Planck[1] aus, daß zur Überzeugung des Richters wie überall so auch von dem Dasein eines behaupteten Rechts die Beibringung von Gründen hinreiche, welche ihn bei der Beobachtung der einschlägigen Gesetzesstellen die Annahme des Nichtdaseins zwar nicht undenkbar, aber doch unverständig erscheinen ließen, daher genüge es, wenn die Partei die regelmäßigen Entstehungsbedingungen ihres Rechts behaupte und beweise. Dagegen ist jedoch einzuwenden, daß dem Richter durchaus nicht immer, wenn ihm die regelmäßigen Entstehungstatsachen des behaupteten Rechts, also der prozessualische Klaggrund, nachgewiesen wird, die Annahme des Nichtdaseins als unverständig erscheinen wird, sondern es kann im konkreten Falle nach den besonderen Umständen dem Richter die Annahme des Nichtdaseins des behaupteten Rechts bei weitem wahrscheinlicher erscheinen als das Dasein desselben, obschon die regelmäßigen Entstehungstatsachen erwiesen sind.[2]

Weiter hat man versucht, die anspruchserzeugenden und anspruchhindernden Tatsachen so abzugrenzen, daß

[1] Jahrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts II, S. 171.

[2] Vgl. z. B. das von Sattelmacher a. a. O., S. 32, angeführte Beispiel, in welchem ein stadtbekannter Wucherer gegen einen leichtsinnigen Offizier auf Grund eines Schuldscheins auf Rückgabe des Darlehns klagt. In dem Fall muß der Richter trotz der Wahrscheinlichkeit der Bewucherung doch deren Behauptung und Beweis von seiten des Beklagten abwarten.

man als Kriterium der rechterzeugenden Tatsachen die äußeren Merkmale der Entstehung hinstellt, welche allein Gegenstand der klägerischen Beweisführung sein sollen. Wie man im täglichen Leben die Frage, ob ein Recht entstanden sei, lediglich nach den äußeren Merkmalen entscheide, so sei auch der Richter nur auf diese bei seinem Urteile angewiesen. „Was äußerlich ohne Mangel existiert, trägt die Berechtigung seiner Existenz in sich, bis ihm diese Existenz und damit die derselben zukommende Wirkung bestritten, bis die Existenz vernichtet wird."[1] Aber ganz abgesehen davon, daß der Richter sich nicht mit dem äußeren Schein begnügen darf, sondern auch im Zivilprozeß die Wahrheit zu erforschen versuchen soll, sich auch „diese ideale Existenzberechtigung eines die äußeren Merkmale der Entstehung aufweisenden, in Wirklichkeit nicht existierenden Rechts schwer einsehen läßt",[2] sind nach dem bürgerlichen Gesetzbuche auch eine ganze Reihe innerer Tatsachen beweisbedürftig, wie dolus, Irrtum usw.

§ 17.

Die Leugnungstheorie.

Es sind somit wohl alle Versuche der Exzeptionstheorie, die anspruchserzeugenden Tatsachen einwandfrei darzustellen, als mißlungen anzusehen, und da man infolgedessen der Exzeptionstheorie allgemeine Gültigkeit nicht zuerkennen kann, ist mit ihr auch in unserer Frage eine sichere Entscheidung nicht zu gewinnen. Dieser Schwierigkeit entgeht die Leugnungstheorie, wenigstens soweit sie für uns augenblicklich in Betracht kommt, dadurch, daß sie den Beweis der Abwesenheit von entstehungshindernden Tatsachen in der Regel dem Kläger

[1] Burckhard a. a. O., S. 156.
[2] Kreß a. a. O., S. 45.

auferlegt. Diese Theorie hat außerordentliche Verbreitung gewonnen und auch die Anerkennung des Reichsgerichts gefunden. Auch beabsichtigte der erste Entwurf zum bürgerlichen Gesetzbuche,[1] diese Theorie gesetzlich festzulegen. Deshalb ist es nötig, auf diese Theorie und ihre Begründung näher einzugehen. Zunächst hat man gesagt, das bedingte Geschäft sei ein ganz anderes als das unbedingte, und wenn daher der Beklagte den Abschluß eines bedingten Vertrages behaupte, so leugne er damit den ganzen Klaggrund. Die Tatsachen, aus welchen der Kläger seinen Anspruch herleite, stünden also nicht fest und seien daher vom Kläger zu beweisen.[2] Daß das bedingte Geschäft in vielen Punkten von dem unbedingten verschieden ist, kann keinem Zweifel unterliegen; es fragt sich aber, welches der Gesichtspunkt für diese Unterscheidung ist und ob dieser für die Verteilung der Beweislast in Betracht kommt. Die ökonomische Verschiedenheit ist gar nicht zu leugnen, ist hier aber völlig gleichgültig, und man hat daher auch die Verschiedenheit nach begrifflich juristischer Richtung hin begründen wollen. Man kann die Verträge einteilen in bedingte und unbedingte, befristete und unbefristete, ernste und nichternste usw., mit Rücksicht darauf, daß ihre Wirkung eine ganz andere ist, und es ließe sich dann daraus herleiten, daß der Beklagte die anspruchserzeugenden Tatsachen leugne, wenn er gegenüber einer Klage aus einem unbedingten Geschäfte vorschützte, es sei eine Bedingung, eine Befristung vereinbart, das

[1] In § 196: Wer Rechte aus einem Rechtsgeschäfte geltend macht, hat zu beweisen, daß dasselbe in der von ihm behaupteten Weise zustande gekommen ist, auch wenn der Gegner behauptet, daß das Rechtsgeschäft in anderer Weise, insbesondere unter Beifügung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder unter Beifügung eines Anfangs- oder Endtermins errichtet sei.

[2] Endemann II, S. 376; Landsberg I, S. 227; Matthiaß I, § 58; Enneccerus-Lehmann I, § 100; Stölzel, S. 145.

Geschäft sei nicht im Ernste abgeschlossen, weshalb dann dem Kläger der Beweis seiner Behauptung aufzuerlegen sei. Aber dieses Resultat ist gar nicht gewollt und wird auch abgelehnt, soweit es sich um mangelnde Ernstlichkeit, Schein usw. handelt. Und doch ist der Unterschied zwischen einem bedingten und einem unbedingten Geschäft einerseits, einem ernsten und scherzhaften andrerseits juristisch vollkommen der gleiche. Denn in beiden Fällen wird die Wirkung dadurch modifiziert, daß die anspruchbegründende Norm durch eine andere keimzerstörende paralysiert wird.

Um diese Konsequenzen zu vermeiden, hat man dann die Bedingung und Befristung besonders genommen und von den Willensmängeln getrennt mit der Begründung, „daß bei ersteren ein Rechtsgeschäft behauptet wird, welches neben dem vom Gegner vorgebrachten rechtliche Geltung beanspruchen könne, während Täuschung und Simulation Mängel desselben Geschäfts bedeuteten."[1] Dies zugegeben, so müßten doch wenigstens die bedingten und befristeten Geschäfte gleich behandelt werden. Dies geschieht aber keineswegs, sondern die Beweislast wird verschieden geregelt bei Bedingung und Befristung, bei Anfangsbedingung (-termin) und Endbedingung (termin). So legt das Reichsgericht den Beweis der Suspensivbedingung und des Anfangstermins dem Kläger auf,[2] der auflösenden Bedingung[3] und des Endtermins aber dem Beklagten,[4] während das Reichsoberhandelsgericht zwischen Bedingung und Befristung bei der Beweislastverteilung einen Unterschied macht.[5] Und doch dürften wohl die

[1] Lukanow a. a. O., S. 69.

[2] R. G. 3, 21; 6, 79; ebenso v. Staudinger I, S. 384; Endemann I, S. 376, Anm. 8.

[3] R. G. 28, 411; abweichend wieder v. Staudinger und Endemann.

[4] Ebenso Stötzel, Schulung, S. VI; Schmidt a. a. O., S. 445; Windscheid-Kipp I, S. 428.

[5] R. O. H. G. 12, S. 202; 24, S. 345; — 10, S. 233; 23, S. 53.

§§ 158, 163 deutlich darauf hinweisen, daß das bürgerliche Gesetzbuch alle vier Willensbeschränkungen gleich behandelt wissen will. Vollends unmotiviert scheint es mir aber, aufschiebende und auflösende Bedingungen abweichend zu behandeln. Denn einerseits regelt § 158 bürgerliches Gesetzbuch beide mit völlig entsprechendem Wortlaut, andrerseits ist es oft sehr schwer, zu sagen, ob Suspensiv- oder Resolutivbedingung vorliegt. Diese beiden sind in ihrem Wesen nicht so gegensätzlich, daß eine abweichende Behandlung bezüglich der Beweislast angebracht wäre.[1]

Es ist also nicht erfindlich, inwiefern das bedingte Geschäft ein derartig anderes ist, als das unbedingte, daß der Beklagte mit der Behauptung der Bedingung den ganzen Klaggrund leugne, und auch die Anhänger der Leugnungstheorie folgen dabei keinem einheitlichen Prinzip. Aber selbst wenn man die Verschiedenheit der bedingten und unbedingten Geschäfte ohne weiteres annehmen wollte, so ist doch das Argument des Andersseins für die Verteilung der Beweislast in dem angeführten Sinne nicht stichhaltig. Denn zu beweisen ist nicht der Vertrag als solcher, sondern die Tatsachen, auf welchen er beruht, welche sein Zustandekommen bewirkt haben, und ebenso bezieht sich das Geständnis und das Leugnen des Beklagten nicht auf das Rechtsverhältnis, sondern auf die einzelnen behaupteten Vorgänge. Zu beweisen ist also nicht der unbedingte Kauf, sondern die Gespräche und Tatsachen, aus denen zu schließen ist, daß die Parteien sich über Preis nud Ware geeinigt haben. Auf diese Vorgänge hat sich das Bestreiten und Gestehen des Beklagten zu beziehen. Wenn er dann noch ein weiteres hinzubehauptet, daß nämlich auch eine Bedingung verabredet sei, so leugnet er damit nicht den Klaggrund überhaupt, sondern gibt die Einigung zu und führt noch eine neue

[1] Vgl. die von Betzinger, a. a. O., S. 123, angeführten Beispiele.

Tatsache ein, welche wieder Gegenstand eines besonderen Beweises sein kann. Was der Beklagte negiert, ist die Rechtswirkung; diese ist aber nicht thema probandum. Daß aber die Anhänger der Leugnungstheorie selber nicht von diesem Anderssein überzeugt sind, zeigt sich in folgender Inkonsequenz: wäre das bedingte Geschäft wirklich ein anderes als das unbedingte, bildete also letzteres als solches den Klaggrund im Prozeß, so würde eine Klagänderung darin liegen, wenn der Kläger, der ein unbedingtes Geschäft eingeklagt hat, auf Vorschützen des Beklagten, es sei eine Bedingung vereinbart, dies zwar zugibt, aber den Eintritt der Bedingung dartut. Denn das erste Mal stützt er sich auf ein unbedingtes, das zweite Mal auf ein bedingtes Geschäft, also auf einen anderen Klaggrund. Diese notwendige Konsequenz wird aber fast ausnahmslos nicht gezogen.[1]

Als weiterer Grund wird angeführt: Der Kläger, der sich auf die gesetzliche Regelung berufe, habe zu beweisen, daß nichts Abweichendes vereinbart sei; denn er habe den ganzen Sachverhalt vorzutragen.[2] Dabei ist aber der Fehler gemacht, daß man sich von vornherein auf den Standpunkt gestellt hat, der Kläger habe nicht vollständig vorgetragen, und zwar bloß deshalb, weil der Beklagte dies behauptet. Man schenkt also dem Beklagten mehr Glauben als dem Kläger. Dabei wird ja aber gerade darüber gestritten, ob der Kläger vollständig vorgetragen habe oder nicht. Davon abgesehen existiert auch kein Rechtssatz, daß der Kläger den ganzen Sachverhalt, von dessen rechtlicher Beurteilung die Entscheidung abhängt, vollständig vorzutragen habe. Wenn man bei geltender Verhandlungsmaxime überhaupt von einer Verpflichtung reden kann, so ist der Kläger höchstens

[1] Siehe z. B. Planck, Lehrbuch des Ziv. Proz. Rechts I, S. 328; R. G. 38, S. 88; anders allein O. L. G. Bayern, S. A. 51, S. 223.
[2] Stölzel Recht 1901, S. 503.

sich selbst gegenüber (nämlich wenn er den Prozeß nicht verlieren will) das beizubringen verpflichtet, was seinen Sieg nach dem jeweiligen Stand des Prozesses herbeizuführen geeignet ist. Aus dieser Angabe über die Beweislast soll ja gerade erst gewonnen werden, was alles vorgetragen und bewiesen werden muß, damit der Anspruch gerechtfertigt erscheine.. Was also zu einem vollständigen Vertrag gehört, ergibt sich erst aus ihnen. Würde das Gebot der Vollständigkeit die Beweislastlehre beherrschen, so müßte man den Kläger ebenfalls mit dem Beweise der Abwesenheit von Scherz, Simulation und Nebenberedungen belasten, was aber Stötzel wieder ausdrücklich ablehnt.[1]

Ebensowenig stichhaltig ist die Begründung der Beweislast des Klägers damit, daß der Beklagte durch die Behauptung der Einfügung einer aufschiebenden Bedingung einen Vertrag behaupte, der das Recht des Klägers überhaupt noch nicht habe entstehen lassen, daß dieser also kein präsentes Recht habe,[2] oder daß der unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossene Vertrag noch nicht perfekt sei, sondern dies erst werde mit Eintritt der Bedingung, mit welchem Augenblicke dann auch erst der Anspruch entstünde. Wenn daher der Beklagte die Verabredung einer aufschiebenden Bedingung behaupte, so leugne er die Perfektion des Vertrages und damit die Existenz des erhobenen Anspruchs. Gegen ersteres Argument ist einzuwenden, daß nur Tatsachen, nicht aber Verträge, also Rechtsverhältnisse zu beweisen sind; letztere Ansicht kann nur dann richtig sein, wenn man annimmt, daß bei einem bedingten Geschäft der Wille bedingt sei, infolgedessen ein essentiale des Vertrages fehle. Diese im gemeinen Recht vertretene Auffassung ist aber durch § 158 bürgerliches Gesetzbuch

[1] cfr. Staub a. a. O., S. 20; Betzinger a. a. O. 114.
[2] Crome I, S. 560; Rehbein I, S. 243.

ausgeschlossen und damit jener Lehre das Fundament entzogen. Nicht die Gültigkeit des Vertrages und die Bindung aus demselben ist in Frage gezogen, wenn der Beklagte die Verabredung einer Bedingung behauptet, sondern seine momentane Wirksamkeit.

Obgleich durch § 289 Zivilprozeß-Ordnung ausdrücklich der Satz des code civil Artikel 1356: l'aveu judiciaire ne peut pas être divisé contre celui qui l'a fait beseitigt worden ist, so wird doch von einigen Schriftstellern noch die Unteilbarkeit des Geständnisses zur Begründung der Beweislast des Klägers benutzt. So argumentiert Endemann:[1] „Unredlich wäre es, die Einlassung des Gegners zu zerreißen und nur den Teil der Worte sich anzueignen, welcher dem Kläger günstig ist, die bestreitende Behauptung dagegen der Beweislast des Gegners zurückzuschieben" und sagt dann ausdrücklich: „Die Unteilbarkeit des Geständnisses enthält eine unverleugbare juristische Wahrheit." (Anmerkung 11.) Das gleiche meint offenbar Dernburg,[2] wenn er lehrt, daß, wenn der Beklagte der Klage auf den Kaufpreis gegenüber einwende, es sei eine Bedingung vereinbart, man seinem Vorbringen Gewalt antun würde, wenn man in demselben ein Geständnis der Klagtatsachen erblicken wolle. Dieser Satz von der Unteilbarkeit des Geständnisses ist zweifellos dann richtig, wenn es sich um eine einheitliche Äußerung des Beklagten handelt; wann eine solche vorliegt, ist durch die Auslegung zu ermitteln. Wenn aber aus der Erklärung des Beklagten ohne Zweifel zu entnehmen ist, daß er den Abschluß des Vertrages zugesteht, und nur die Vereinbarung einer Bedingung behauptet, so steht das Prozeßrecht jedenfalls einer solchen Trennung des Geständnisses nicht entgegen. Denn § 289 Zivilprozeß-Ordnung bestimmt ausdrücklich:

[1] A. a. O., S. 504.
[2] Bürgerliches Recht I, § 159 II, S. 466.

Die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß demselben eine Behauptung hinzugefügt wird, welche ein selbständiges Angriffs- und Verteidigungsmittel enthält.

Ein Hauptgrund, der von den meisten Anhängern der Leugnungstheorie angeführt wird, ist der, daß der Vertrag ein in sich so zusammenhängendes Ganze sei, daß mit dem Leugnen auch nur einer seiner Bestimmungen oder mit der Behauptung einer weiteren Vereinbarung auch jede seiner übrigen Bestimmungen geleugnet sei, weshalb dann der ganze Vertrag in der vom Kläger behaupteten Form bewiesen werden müsse. Dies gelte also auch, wenn der Beklagte die Verabredung einer Bedingung behaupte.[1] Aber ein Grund dafür, daß wirklich der Vertrag etwas untrennbar Ganzes wäre oder daß diese Einheitlichkeit des Vertrages nunmehr auch stets den vollständigen Beweis dieser untrennbaren Einheit zur Folge haben müsse, wird nirgends erbracht. Außerdem erkennen sehr viele Anhänger dieser Theorie in sehr vielen analogen Fällen, wie bei der auflösenden Bedingung und dem Endtermin die Einheitlichkeit der Willenserklärung selbst nicht an, wie Rosenberg[2] an sehr vielen Beispielen nachweist.

Die Untrennbarkeit der Bedingung von dem bedingten Geschäfte kann sicher nicht in dem Sinne behauptet werden, als ob die Auflösung des Tatbestandes zum Zwecke der Verteilung der Beweislast gar nicht denkbar wäre. Denn jeder Vertrag besteht aus einer Reihe einzelner Voraussetzungen, tatsächlicher Begründungsmomente, und der Beweis jedes einzelnen kann selbständig, z. B. durch verschiedene Beweismittel erbracht werden. Setzt sich in diesem Sinne der Kauf aus

[1] Endemann I, S. 376[8]; Landsberg I, S. 227; Enneccerus-Lehmann I, § 100.

[2] Archiv f. d. ziv. Praxis 94, S. 56 ff.

Antrag und Annahme zusammen, welche Einigung über Gegenstand und Preis herbeiführen müssen, so kommt bei dem bedingten Kauf aber noch die Abrede der Bedingung als drittes tatsächliches Moment hinzu. Wenn aber überhaupt eine Zerlegung des Tatbestandes in seine einzelnen Bestandteile (Einigung über das Objekt, Einigung über den Preis, Verabredung der Bedingung) mit Rücksicht auf die Beweisführung möglich ist, so wird es auch die Erklärung des Beklagten sein in der Weise, daß er einige jener Vertragsteile zugibt, andere aber leugnet oder etwas hinzusetzt. Denn nicht der Vertrag ist es ja, der bewiesen, zugestanden oder geleugnet wird, sondern die einzelnen tatsächlichen Vorgänge, welche nach der Parteibehauptung ihn herbeigeführt haben sollen. Nicht diese aber werden geleugnet, sondern ihre Wirkung, d. h. die Verpflichtung zur Zahlung.

Von der Untrennbarkeit der Bedingung vom Bedingten könnte man insofern reden, als das Geschäft durch Hinzufügung der Bedingung wesentlich modifiziert wird. Damit ist aber die Untrennbarkeit zurückgeführt auf die schon oben behandelte Frage, ob die Verschiedenheit der beiden Geschäfte einen Einfuß auf die Beweislastverteilung habe, was verneint werden mußte. „Soweit für unser Problem etwas darauf ankommt, sind Bedingung und Bedingtes sehr wohl trennbar; insoweit aber beide nicht trennbar sind, wird unser Problem davon nicht berührt.“ [1]

Weder die Exzeptions- noch die Leugnungstheorie können also das Resultat, zu dem sie gelangen, einwandfrei begründen. Zum Schluß aber muß noch darauf hingewiesen werden, daß der von beiden Theorien anerkannte Satz: Der Kläger habe die anspruchserzeugenden Tatsachen, der Beklagte aber die anspruchvernichtenden und die anspruchhemmenden zu beweisen, selbst dann

[1] Burckhard a. a. O., S. 175.

allgemeine Gültigkeit nicht beanspruchen könnte, wenn es die anspruchserzeugenden Tatsachen einwandfrei festzustellen gelänge. Denn wie Betzinger[2] auseinandersetzt, muß der Kläger in manchen Fällen anspruchvernichtende und hindernde, der Beklagte zuweilen anspruchserzeugende Tatsachen dartun.

§ 18.

Die Minimaltheorie.

Es ist schon inkorrekt, von anspruchserzeugenden usw. Tatsachen zu reden; denn nicht die Tatsachen sind die Träger der jeweiligen subjektiven Rechte, sondern dies sind ausschließlich die Normen der Rechtsordnung, mögen diese nun ihre Wirkung direkt als zwingendes Recht oder nur mittelbar durch Parteidisposition betätigen. Denn nicht weil sie von den Parteien gewollt ist, tritt eine Rechtswirkung ein, sondern nur deshalb, weil das Recht dem Privatwillen der Parteien dieselbe Kraft, Wirkungen mit rechtlicher Verbindlichkeit hervorzubringen, verleiht, wie sie den positiven Gesetzesvorschriften innewohnt. Der Inhalt eines Vertrages bildet daher nur den Tatbestand der zur Anwendung kommenden Norm, und der Vertrag und jeder seiner Bestandteile hat deshalb auch nur insoweit Bedeutung, als er die Voraussetzung von Rechtssätzen abgibt. Wenn man von dieser, den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden, die irreführende bildliche Ausdrucksweise vermeidenden Auffassung ausgeht, so wird es gelingen, eine befriedigende Lösung der Beweislastfrage zu gewinnen.

Es sind also die sogenannten rechtsbegründenden, rechtshindernde, rechtsvernichtenden Tatsachen nichts weiter als die tatsächliche Voraussetzung von Normen, die

[2] a. a. O., S. 79 ff.

eben jene fälschlich den Tatsachen beigelegte Kraft haben. Unsere Rechtsordnung erscheint demnach als ein System der verschiedenartigsten Rechtsnormen, die sich in ihren Wirkungen teils unterstützen und ergänzen (Hauptnorm-Ergänzungsnorm), teils aber bekämpfen und entgegenarbeiten (Regel- und Gegennorm), während wieder andere nicht die geringsten Berührungspunkte miteinander haben und sich infolgedessen völlig indifferent zueinander verhalten. Erwägt man nun, daß kein Rechtssatz angewandt werden kann, wenn nicht der de facto gegebene Tatbestand sämtliche Voraussetzungen enthält, von deren Vorhandensein die betreffende Norm den Eintritt ihrer Wirkung abhängig macht, so ergibt sich daraus notwendig, daß der Richter, solange für ihn nur die Erfordernisse einer rechtsbegründenden Norm feststehen, und nicht auch gleichzeitig solche einer Gegennorm, nur die Regelnorm zur Anwendung bringen darf, d. h. dem Begehren der Partei auf Anerkennung des Eintritts der durch eine Norm verheißenen Rechtswirkung stattgeben muß.

Es bleibt nunmehr noch die Frage zu beantworten übrig, welche Rechtssätze zueinander im Verhältnis zu andern als Norm, Ergänzungs- und Gegennorm, erscheinen. Fitting in seiner in dieser Frage grundlegenden Arbeit[1] gelangt, nachdem er einige Regeln entwickelt hat, welche allerdings entweder nicht zutreffend (das Kennzeichen des Normalen besteht darin, daß es in der Gesetzgebung nicht besonders hervorgehoben ist; daß es vom Recht unerwünscht ist, mit scheelen Augen angesehen wird)[2] oder nicht umfassend genug sind, schließlich[3] zu einem Gesetz, das meines Erachtens zu einer völlig befriedigenden Lösung des Problems führen

[1] a. a. O., S. 41.
[2] cfr. dagegen Leonhard a. a. O., S. 71.
[3] S. 48.

kann. Das Wesen des Ausnahmefalls besteht nach ihm darin, daß er neben den Merkmalen des entsprechenden Regelfalles noch weitere besondere Merkmale hat, welche ihn trotz des Daseins jener ersten der Herrschaft der Regel entziehen. Wenn es ihm trotz dieser richtigen Formulierung nicht gelingt, diese zu einer einwandfreien Lösung des Problems zu verwenden, so liegt es daran, daß er einmal unter Ausnahme außerdem noch die unerwünschten Umstände, sowie solche, welche im Leben als anormal angesehen werden,[1] versteht, andrerseits aber diese Regel mit dem von ihm verteidigten Satz: affirmanti, non neganti incumbit probatio verquickt. Und doch kam man mit der von ihm gegebenen Begriffsbestimmung aus, um das erstrebte Ziel zu erreichen. Die Ausnahme unterscheidet sich also von der Regel dadurch, daß sie außer den Merkmalen des Regelfalles noch weitere besondere Merkmale enthält, welche den betreffenden Fall der Herrschaft der Regel entziehen. Diese besonderen Merkmale, dieses plus bilden den Tatbestand einer Gegennorm. Die Ergänzungsnorm lehnt sich an die Hauptnorm an und kann keine selbständigen Wirkungen ausüben. Die Gegennorm dagegen steht völlig losgelöst und selbständig da. Das Verhältnis zur Regelnorm charakterisiert sich dadurch, daß deren Tatbestände logisch miteinander vereinbar, ihre Wirkungen aber völlig entgegengesetzt sind. Dies kann in zweierlei Weise der Fall sein: entweder greift die Gegennorm sofort bei Eintritt der Wirkung der Regel keimzerstörend, entstehungshindernd ein, so daß die Regel ihre Wirkung überhaupt nicht erst entfalten kann, oder aber die Wirkung der Regelnorm tritt zunächst ein, wird dann aber nachträglich durch eine Gegennorm paralysiert. Suchen wir uns das am Darlehnsgeschäft klar zu machen:

[1] a. a. O., S. 50.

Tatbestand		Wirkung
a. der Norm	b. der Gegennorm	
I. Einigung + Hingabe		= Verpflichtung
a + b		= c
II. 1. Einigung + Hingabe	+ Geschäftsunfähigkeit	= keine Verpflichtung
a + b	+ x	= o
2. Einigung + Hingabe	+ Rückzahlung	= keine Verpflichtung
a + b	+ y	= o

Das erste Mal (II 1) ist also die Wirkung überhaupt nicht erst entstanden, sondern schon im Keim vernichtet, das zweite Mal war sie zwar bereits eingetreten, wurde aber (durch Rückzahlung) wieder aufgehoben. Der Fall II 1 wird, meines Erachtens ohne genügenden Grund, von Leonhard[1] ausgeschieden, weil hier die Tatbestände von Norm und Gegennorm nicht vereinbar wären. Nach ihm hängt alles von der zeitlichen Reihenfolge ab. Doch scheint mir dies nicht gerechtfertigt zu sein. Leonhard selbst bezeichnet ja das Verhältnis von Wirkung und Gegenwirkung so, daß eine selbständige, vom Beklagten darzulegende Gegenwirkung dann gegeben sei, wenn der Beklagte das klägerische Vorbringen zugibt, und etwas neues hinzufügt. Hier (II 1) sagt der Beklagte: Gewiß habe ich Geld von Dir als Darlehn erhalten, aber mir fehlte damals die Geschäftsfähigkeit. Wenn Leonhard behauptet, daß in dem Falle der Tatbestand der Wirkung dem der Gegenwirkung widerspreche, so scheint das darauf zu beruhen, daß er Wirkung und Tatbestand der Wirkung gleichsetzt. Die Wirkung der Tatbestände a + b und x vertragen sich allerdings nicht miteinander, aber um dies handelt es sich auch gar nicht, sondern nur um die Tatbestände selber.

[1] a. a. O., S. 162.

Wir gelangen somit zu dem Resultat, daß eine Gegennorm immer dann gegeben ist, wenn, ohne Rücksicht auf die zeitliche Reihenfolge, zu dem Tatbestande einer Norm ein drittes Moment hinzutritt, welchem das Recht die Kraft verleiht, die Wirkung der Norm zu paralysieren, sei es, an der Entstehung zu hindern, sei es, nachträglich wieder zu beseitigen.

Nach obigen Ausführungen ist es ohne weiteres ersichtlich, daß der Anspruch von der Norm abhängig ist: er wird von ihr geschaffen und vernichtet. Deshalb kann man sagen, ein Anspruch entsteht nur dann, wenn es eine Norm gibt, die ihn erzeugt. Nicht aber kann man folgern: weil eine Norm, deren Tatbestand gegeben ist, diesen Anspruch verspricht, ist er vorhanden. Ein solcher Schluß wäre nur dann unanfechtbar, wenn es eben keine Gegennorm gäbe. Wenn sich nun eine Partei an das Gericht wendet, so will sie, daß ihr der erhobene Anspruch zuerkannt werde. Dies kann aber nur geschehen, wenn es eine Norm gibt, die den Anspruch schafft, und eine Norm kann nur dann wirken, wenn ihr Tatbestand gegeben ist. Die Prüfung, ob eine solche Norm vorhanden ist, und ob ihr Tatbestand feststeht, liegt dem Richter ob; Sache der Partei ist es dagegen, den Tatbestand der Norm nachzuweisen. So erhalten wir die beweisrechtliche Grundregel: Jede Partei hat diejenigen Tatsachen zu beweisen, welche die Wirkungsvoraussetzung derjenigen Norm bilden, die den von der Partei geltend gemachten Anspruch erzeugt.[1] Im praktischen Ergebnis wird dies darauf hinauskommen, daß jede Partei meistens die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm beweisen muß. Jedoch soll dies nicht als allgemein gültige Grundregel aufgestellt werden.

Wenden wir den gewonnenen Satz auf unser spezielles Problem an, so ergibt sich: Die Folge einer Suspensiv-

[1] Ähnlich Betzinger a. a. O., S. 11; Rosenberg Archiv, S. 43.

bedingung ist, daß sie den Anspruch nicht erst wirksam werden läßt (eine rechtshindernde Gegennorm wie unter II 1). Der Eintritt einer Resolutivbedingung bewirkt dagegen, daß der bereits entstandene Anspruch wieder beseitigt wird (eine anspruchvernichtende Gegennorm wie unter II 2). Beide bilden also die Tatsache, auf welche der Beklagte sein Recht zur Zahlungsverweigerung begründet, und sind daher vom Beklagten zu beweisen. Der Käufer hat also auf jeden Fall die Probeabrede darzutun.

§ 19.

Der versteckte Dissens.

Gemäß § 154 bürgerliches Gesetzbuch ist ein Vertrag im Zweifel nicht geschlossen, so lange sich nicht die Parteien über alle Punkte geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll. Ein Kauf ist also nicht schon dann zustandegekommen, wenn eine Einigung über Ware und Preis erzielt ist; denn wenn irgend eine Partei irgend eine Abrede (Bedingung, Befristung, Stundung) in die Vertragsverhandlung eingeführt hat, und die andre Partei erkennen konnte, daß auf diese Abmachung Gewicht gelegt werde, so gilt der Vertrag als nicht beschlossen, so lange nicht auch hierüber eine Einigung erzielt worden ist. Dabei kommt es nicht auf die objektive Wirkung des Tatumstandes an, sondern jeder Punkt, welchen die Partei zum Gegenstand der Erörterung gemacht hat, gilt für sie als wesentlich, über ihn ist daher eine Einigung erforderlich. Es ist auch nicht nötig, daß sie auf eine Einigung über diesen Punkt gedrungen hat, sondern es genügt jede wie auch immer geartete Kundgebung, daß sie ein Interesse an der Vereinbarung habe. Hat also der Käufer irgend wann während der Verhandlung verlauten

lassen, er wünsche die Ware erst einmal auf Probe zu nehmen, und hat er geglaubt, es sei eine seinen Wünschen entsprechende Vereinbarung getroffen, während dies in Wirklichkeit nicht geschehen ist, so fehlt eben die Einigung über einen Punkt, über welchen nach der Äußerung des Käufers eine Abmachung getroffen werden sollte, und der Kauf ist demgemäß nicht zustandegekommen. Doch gilt dies nicht unbedingt. Sehen beide Parteien den Vertrag als geschlossen an, so gilt nach § 155 das Vereinbarte nur dann nicht, wenn der Vertrag ohne eine Bestimmung über diesen Punkt nicht geschlossen sein würde. Hätte der Käufer also auch dann gekauft, wenn der Verkäufer den Probekauf ausdrücklich abgelehnt hätte, so würde der Vertrag trotz mangelnder Einigung über die genannte Bedingung Rechtsbeständigkeit haben.

Wie verhält es sich nun hier mit der Beweislast? Die Norm befiehlt: Ist Einigung über Ware und Preis erzielt, so hat der Käufer den Preis zu zahlen. (Beweis beim Verkäufer.) Die Gegennorm enthält § 154: Der Käufer muß also dartun, daß noch über weitere Punkte als wie geschehen Vereinbarungen getroffen werden sollten. Ist dies gelungen, so kann der Verkäufer wieder beweisen, daß eine wenigstens scheinbare Einigung erzielt wurde und daß der Vertrag auch ohne eine Vereinbarung über diesen Punkt geschlossen sein würde. (Zweite Gegennorm.)[1]

[1] Beckh a. a. O., S. 191/192; Rosenberg Archiv, S. 24; Endemann I, S. 341, Anm. 19a 1.